بسم الله الرحمان الرحيم

مقدمة:

لم يعد الفرد موضع محط اهتمام المشرع الوطني وحده، و إنما التفت القانون الدولي أيضا إلى المركز القانوني للفرد في المجتمع الدولي و إلى التأكيد على كافة حقوقه المدنية و السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية.

و على هذا الأساس صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في خضم الدورة الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 أبرز تأكيد تلك الحقوق بحيث أصبح هذا الموضوع يلعب دورا مهما في العلاقات الدولية إلى درجة تلتفت الدول و المنظمات الدولية إلى نواحي تقصي الحقائق في الأقاليم التي يتعرض فيها الإنسان إلى انتهاكات حقوقه فيما يخالف النصوص و يكون مدار نقاشات في أروقة هيئة الأمم المتحدة كأي موضوع يدخل ضمن نطاق القانون الدولي العام.

و كما كانت نصوص المواد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاءت في الصيغة التقليدية لقواعد القانون الدولي في شكل توصيات لتقييد هذه النصوص فقد أدى ذلك إلى بعض الرهن في الجانب التطبيقي لهذا الإعلان مما أثار الانتباه إلى الحاجة إلى إجراء قانوني آخر لتحويل هذه القواعد في شكل توصيات إلى قواعد إلزامية.

و من ثم فإن إدراج العهدين الدوليين في ترويج التطور المتنامي لحقوق الإنسان المختلفة من أجل رفاهية البشرية و دعم الاستقرار الدولي، و لا يعني هذا إمداد الصلاحية لأية هيئة دولية للتدخل في الشؤون الداخلية للدول.و علاوة على ما تقدم فإن الجماعة الدولية حريصة من خلال أبعادها الدولية في تحقيق الحماية أن تجعلها عالمية النطاق حتى تعم فوائدها, هذا و يضاف إلى أن المعاهدات المكونة للشرعية الدولية لحماية حقوق الإنسان تعتبر من حيث تقسيم المعاهدات وفقا لأحكام اتفاقية" فينا " للمعاهدات, بخصوص مشروعية التحفظات في مادا " 19 " لجوازه أن يكون غير معارض مع موضوع المعاهدة و هدفها .

و هذا الاتجاه الذي تبنته اتفاقية " فينا " يعتبر متفقا في مضمونه مع موقف محكمة العدل الدولية في فتواها الصادرة في الثامن و العشرين من مايو عام 51 في شأن التحفظ على الاتفاقية الخاصة بمنع التعذيب و قمع حركة إبادة الجنس.

و من ثم يطرح الإشكال بشأن فكرة التحفظات في النظام القانوني بما يتعارض مع غاية الحماية لتلك الحقوق هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن القاضي الداخلي يجد نفسه مرغما و من أي وقت مضى بالنظام القانوني الدولي رغم أنها تظل بالنسبة إليه تشكل مخاوف لما يرى فيها من خطورة باعتبار أن القانون الدولي وليد إرادة الدولة, و من ثم يكثر الحديث عن الدور الذي يلعبه القاضي الداخلي في تطبيق القواعد لما لها من صلة بحقوق الأفراد خاصة إذا ما تعلق الأمر بإدماج هذه القواعد على هرم القواعد الداخلية, بالإضافة إلى التساؤل عن الطبيعة و الدور الذي يمكن أن يلعبه القاضي الداخلي في حماية هذه الحقوق أو مدى قابلية تلك القواعد للتطبيق الذاتي أمام القضاء الداخلي بصفة عامة, و ما تطرحه فكرة غائية الإباحة في مجال الحماية الجنائية على وجه الخصوص ؟ و ما مدى قابلية القواعد الآمرة بالإباحة للتطبيق الذاتي ؟

هذا ما سيجعلنا نسلط الضوء من خلال هذه الدراسة لإبراز كيفية إسقاط هذه الحماية على الواقع التطبيقي من طرف القاضي الداخلي على ضوء الميكانيزمات و الآليات المعتمدة عبر فصلين على النحو المقرر.

المبحث الأول
للحماية عن طريق الالتزام بضابط الشرعية الإجرائية.

يشمل قانون الإجراءات الجزائية على ضوابط وأساليب تتخّذ ضدّ المتهم أو المـشتبه فيه من طرف الضبطية القضائية وتحت رقابة النيابة، التي يغلب عليهـا الطـابع الـشكلي لأسباب بعضها تشريعي وأغلبها عملي وواقعي، وكل إجراء من هذه الإجراءات المنصوص عليها لها مشروعيتها حتى لا تتحول إلى وسيلة لانتهاك حق أو أكثر من حقوق الإنسان[1].

و لهذا نجد أن قانون الإجراءات الجزائية يعمل على ضرورة الترجيح بين حق ا تمع في العقاب، وتفادي التجاوزات والمساس بكرامة المتهم كما ألح عليها الإعـلان العـالمي والعهدين الدوليين والتي تضمنها قانون الإجراءات الجزائية، مركزين على بعض الإجراءات التي مازالت في حاجة إلى تدخل تشريعي حتى تكون في ذا ا ضمانة من الضمانات الشرعية الإجرائية وحماية لحقوق الإنسان ومن ثمة نأمن عدم استخدامها من قبل الجهات المنوط ا تطبيقها بصورة تحكمية إلى إهدار حقوق الإنسان وحرياته الأساسية[2]

(1)- مشروع الميثاق العربي لحماية حقوق الإنسان و المنشور في ا لد الأول من ا لدات الأربعة التي أصدرها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية, سيراكوزا- ايطاليا, نشر ا دار العلم للملايين, بيروت- الدكتور محمد بسيوني, الدكتور محمد سعيد الدقاق, الدكتور عبد العظيم وزير.

(2)- د. عبد العزيز محمد سرحان: الإطار القانوني لحقوق الإنسان, المصادر و الحقوق- الطبعة الأولى, 1987 دار النهضة العربيـة, ص 86 و مـا بعدها, (انظر لمزيد من التفصيل في الدوافع و الأهداف).

المطلب الأول: قرينـة براءة المتهـم

إنّ إنسانية الإنسان لا تتخلى عنه حتى ولو صار متهما أو حكم عليه بالإدانة، وأصل البراءة مركز قانوني ثابت ومستقر مع هذه الإنسانية، ومن ثمة لا يجوز بأي حال من الأحوال مطالبة أحد بإثبات براءته، ولهذا الأصل مقتضياته ومركز دلالته في كافة مصادر الحماية الجنائية، والتي نصّت عليه بشكل عام دون التطرق إلى آليات وطرق تجسيده، ومن هنا يثار التساؤل حول مقتضيات الأساس القانوني لهذا المبدأ ؟ وكيفية الإعمال به من طرف القاضي الداخلي في مواجهة سلطة الا ام ؟ وما هي النتائج والآثار المترتبة على هذا الالتزام ؟

الفرع الأول : الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي لحماية هذا المبدأ

أولاّ : الأساس القانوني الدولي

لهذه القاعدة أساسها القانوني في قواعد الشريعة الدولية، فقد تأكّد تجسيد وتأكيد نصّ المبدأ أوّلا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في شكل لائحة عن الجمعية العامة للأمم المتحدّة تحت رقم 217 III في العاشر ديسمبر عام 1948 ، وذلك من خلال نصّ مادته "11"والتي تعتبر أن كلّ متهم بريء حتى تثبت إدانته[1] .

وسند هذا الالتزام بجانب المادة "11" السالفة الذكر نجده أيضا فيما أقـرّه العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر بالترويج المتنامي لهذا المبدأ ضمن نص المادة "14"في فقر ا الثانية قاطعة الدلالة ، فنصّت على أن " لكلّ فرد متهم بتهم جنائية الحقّ في أن يعتبر بريئا ما لم تثبت إدانته طبقا للقانون "

(1)-د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, 1993, ص 40

ثانيا: الأساس في المصدر الدستوري

نصّت المادة " 45" من دستور 1996 في مضمونها على أنّ " كلّ شخص يعتبر بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كلّ الضمانات التي يتطلبها القانون ".

ومن هنا يتضح أن الدستور تناول في طيّاته هذا المبدأ بصفة متّصلة بالحريات الأساسية وحقوق الإنسان لما تكوّن تراثا مشتركين بين جميع المواطنين.

وقد أكدّت بعض الدساتير العربية على هذا الأصل كما هو الحال في الدستور المصري في المادة 1/67، الكويتي المادة 1/34، التونسي, الفصل رقم 12, الدستور الليبي المادة 15[1]

ثالثا: الأساس في التشريع الداخلي

لقد كرّس قانون الإجراءات الجزائية هذا المبدأ، ويبرز ذلك جلّيا من خلال نصّ المادة "364"على أنه " إذا رأت المحكمة أن الواقعة موضوع المتابعة لا تكوّن أية جريمة في قانون العقوبات أو أنها غير ثابتة أو غير مسندة للمتهم، قضت ببراءته من المتابعة بغير عقوبة ولا مصاريف"[2]

الفرع الثاني: مقتضيات المبدأ في مواجهة القاضي

الراجح أن مبدأ أصل البراءة يعدّ بمثابة توجيه هام لأجهزة الدولة في الإجراءات الجنائية لمعاملة الإنسان المتهم بوصفه بريئا وهو ما يتطلب احترام حريته الشخصية.

ومن هنا فإنّ هذا الأصل ليس بمجردّ قرينة قضائية فحسب يستنتجها القاضي نفسه أثناء نظره في الدعوى، بل هي قرينة تستمد وجودها من القانون، ولذلك كان لزوما على القاضي، أن يكون له دورا إيجابيا، باعتبار أنّ قرينة البراءة تستمد وجودها من القانون وهي

(1)- الجريدة الرسمية, نشر خاص, العدد 61, السنة الثالثة و الثلاثون, 16 أكتوبر 1996.

(2)- التوصيات المنبثقة عن أشغال اليومين الدراسيين حول قرينة البراءة و الحبس المؤقت و بدائله(المحكمة العليا في 10 و 11 ديسمبر 2002)

من قبيل القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس، ومن ثمة وجـب علـى النيابة تقديم أدّلة الإثبات الواقعية حتى يصدر حكم قضائي بات يفيد إدانته المتهم، وبالنتيجة يصير هذا الحكم عنوانا للحقيقة لا تقبل ا ادلة وهي وحدها التي تصلح لإهـدار قرينـة الأصل في المتهم البراءة.

ومّما تقدّم ذكره، والواضح ترّتب نتائج هاّمة يلتزم ـا القاضـي في ظـلّ إقـرار المبدأ، و يتضح ذلك فيما يلي:

أوّلا: أنّ الشكّ يفسّر لصالح المتهم

بمعنى إسقاط أدّلة الإدانة والعودة من جديد إلى الأصل العام وهو البراءة لذلك وجب على القاضي أن يبنيّ أحكامه الصادرة بالإدانة على حجج قطعية الثبـوت لا ظنينيـة ولا احتمالية بما يكون الاقتناع مبنيا على اليقين القضائي.

وبناءا على هذه النتيجة المترتبة، يكفي لصحة الحكم بالبراءة أن يتشكّك القاضي في صحّ إسناد التهمة.

ثانيا: إلزام سلطة الا ام بإثبات التهمة

يتعين على النيابة أن تثبت الواقعة المسندة للمتهم بكافة عناصرها و أركا ا ناهيـك عـن تقديم الأدلة على ارتكا ا, باعتبار أن المتهم يكون في موقف ضعف اتجاه النيابة و من ثم لا يمكن إلزامه على إثبات ما ا م به و إن ظل له الحق في دحض الأدلة التي تتخـذها جهـة الا ام سندا لا امه[1]

(1)- M.J Essaid : La présomption d’innocence, Thèse, Paris, P 75- 82.

ثالثا: عدم إلزام المتهم بإثبات براءته

وهذه النتيجة تعتبر بمثابة الوجه الآخر والحتمية للنتيجة السابقة باعتبار سنده في ذلك ما تقدّم ذكره، أن المتهم في موقف ضعف تجاه النيابة التي يلقى على عاتقها إثبات ما نسبته للمتهم.(1)

وهكذا يتضح أنّ مبدأ أصل البراءة في الإنسان، يعتبر بحق مركزا قانونيا مستقر يدور مع إنسانية الإنسان ومن تم كان من أهم الضمانات التي تحقق له الحماية الجنائية.

المطلب الثاني : التوقيف للنظر

إنّ توقيف الأشخاص للنظر هو أخطر الإجراءات الماسّة بشخص الإنسان وحريته و باعتبار هذا الإجراء يحتاج إلى تدخل دولي بل تشريعي لما يؤثر في ذلك ، فقد نصت قواعد الشريعة الدولية ، والدستور ، والتشريع العادي ، على هذا المبدأ ومدى ضرورته لحماية حقوق الإنسان بما ينعكس من الناحية العملية وتجسيده من الناحية الميدانية ؟ وما هي العناصر التي يجب أن يتوفرها؟

الفرع الأول: الأساس القانوني لهذا المبدأ

أولا: يمكن القول أن كلا من نصّ الفقرتين الأولى والثانية من المادّة التاسعة للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، تعتبر سند هذا الضابط في قواعد الشرعية الدولية ، حيث جرى نصيهما على النحو التالي :

لكلّ فرد الحق في الحرية والأمان على شخصه ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسّفا، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلاّ لأسباب ينص عليها القانون، وطبقا للإجراء المقرر فيه(2).

(1)- د. أحمد فتحي سرور: الشريعة الإسلامية و الإجراءات الجنائية, ص 125

(2)- د. حسني صادق المرصفاوي: أصول الإجراءات الجنائية- القاهرة, الطبعة الأولى, ص 296.

يتوجب إبلاغ أيّ شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه، كما يتوجب إبلاغه سريعا بأية تهمة توجه إليه.

ثانيا: الأساس في **نصوص الدستور ومبادئه**

يجد هذا الضابط أساسه الدستوري في المـادّتين "47 " و " 48 " مـن دسـتور 1996 حيث أورد هذا الأخير في صدر هاتين المادتين ما يدّل على ذلك من ناحية، ومـا يعدّ تنفيذا لقواعد الشرعية الدولية من ناحية أخرى ، حيث تنص المادّة " 47 " على أنه : « **لا يتابع أحد ولا يوقف أو** يحتجز **إلاّ** في **الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال** التي **نصّ عليها » ،** مبررا في فحوى مضمون المادة " 48 " على : « **أنّ التوقيف للنظـر** في **مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ، ولا** يمكن **أن يتجاوز** ثمـ**ان وأربعـ**ين **(48) ساعة**[1]**.**

يملك الشخص الذي يوقف للنظر حقّ الاتصال فورا بأسرته، ولا يمكن تمديد مـدّة التوقيف إلاّ استثناءا ووفقا للشروط المحددة بالقانون. ولدى انتهاء مدّة التوقيف للنظر يجب أن يجرى فحص طّبي على الشخص الموقوف إن طلب ذلك، على أن يعلم ذه الإمكانية . ويمثل هذين النصّين بحالتيهما ضمانة دستورية قوّية لحماية حقـوق الإنـسان، يـؤدي الإخلال ا إلى المساس بالحريات الأساسية للأشخاص.

ثالثا : الأساس التشريعي في **قانون الإجراءات الجزائية**

لقد جاءت المواد " 51 " ، " 52 " ، " 53 " من ق.إ.ج مردّدة لما جاء في نـصّ المادتين "47 " و" 48 " من الدستور السالفة الذكر، واضحة في هذا الشأن حيث نصت

(1)- ا لة القضائية, غرفة الجنح و المخالفات, عدد خاص- الجزء الأول, سنة 2002, ص 69 و ما بعدها (حقوق و ضمانات المتهم علـى ضـوء التعديل الجديد)

المادة " 51 " إثر التعديل بالقانون رقم 08/01 المؤرخ في 26/جـوان/2001 :

« **أنّ كلّ شخص أوقف للنظر ،** يخبره **ضابط الشرطة القضائية** بالحقوق **المـذكورة** في

المادة " 51 " مكرر 1 » من ق.إ.ج وهو ما يحمل في معناه ودلالته ذات الأحكام التي تضمنها النص الدستوري، ونصوص الشرعية الدولية.

الفرع الثاني: واقع المبدأ والإشكالات المطروحة

لقد حاول المشرع في التعديل الأخير اتخاذ تدابير وإجراءات تتماشى و مبادئ الشرعية الدولية، دعما لحقوق الموقوف للنظر لدى الضبطية القضائية.

وضمانا للشرعية وحماية أكثر للمتهم عزّز المشرع سلطة وكيل الجمهورية في إدارة الضبطية القضائية والإشراف عليها من خلال تنقيط ضباط الشرطة التابعين لدائرة اختصاصه، كما منح النائب العام صلاحية مسك ملف فردي لكلّ ضابط شرطة قضائية في دائرة الاختصاص، وعملا بنص المادة " 18 " مكرر من ق.إ.ج مع الاعتماد على التنقيط في الترقية[1].

ويذكر في هذا السياق، إلزام ضابط الشرطة القضائية عندما يوقف شخص للنظر يتعيّن عليه أن يخطر فورا وكيل الجمهورية ويقدّم له تقريرا عن ذلك يوّضح فيه دواعي التوقيف، وأن يراعي طريقة الاستجواب وفترات الراحة.

كما أصبحت الحقوق التي يتمتع بها الموقوف مجسّدة على الواقع بما في ذلك مدّة الوقف للنظر التي لا تتعدّى ثمان وأربعين ساعة (48) كأصل وتمديدا للجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية (12 يوما) .

ومن الملاحظ من الناحية التطبيقية أن الموقوف أصبح يتصل مباشرة بعائلته والتي يتولّى القيام بها ضابط الشرطة أو أحد أعوانه[2].

(1)- أ. جيلالي بغدادي, التحقيق, دراسة مقارنة نظرية و تطبيقه, الطبعة الأولى- الديوان الوطني للشغال التربوية, 1999, ص 26

(2)- د. أحسن بوسقيعة, التحقيق القضائي, الطبعة الثانية, في ضوء قانون 26 يونيو 2001, الديوان الوطكي للأشغال التربوية, 2002, ص 136

أمّا فيما يتعلّق بإجراء الفحص الطبي، فإن الموقوف للنظر أصبح له الحق في طلب إجراء الفحص مباشرة، أو عن طريق محامية أو عائلته وفي حالة تعذّر ذلك يتعين على

ضابط الشرطة أن يندب له تلقائيا طبيبا، وهذا بعد انتهاء التحقيقات ، كما يمكن أن يطلبه وكيل الجمهورية في أية مرحلة من مراحل الوقف.

الإشكـالات التـي تعيـق المبـدأ

من بين الإشكالات التي تحول دون تطبيق المبدأ بصفة فعّالة نذكر مايلي:

حق الاتصال:

إنّ المشرع لم يبتّ على وجه التحديد فيما يتعلّق بمصاريف الاتصال على أن تكون على عاتق الموقوف أو على عاتق الضّبطية القضائية، فإن كان على عاتق الموقـوف فـثمّ إشكال يتمثل في كون مراكز الشرطة لا تتوفّر على أقسام هاتفية مخصصة للخدمة العامة.

حق الإطعام :

من المعلوم أن الموقوف يبقى رهين محبسه لدى مركز الشرطة مدّة ثمان وأربعين ساعة (48) قابلة للتجديد تتخللها فترات الاستجواب المرهقة، ومن ثم وجب إمداد الموقـوف بالتغذية اللازمة باعتباره إنسانا، وفي غياب نص يعالج هذه الثغرة تقع الانعكاسـات مـن الناحية العملية،كون أن أعوان الشرطة المكلفين بالاسـتجواب يـضطرون إلى التكفـل بالوجبات ليس إلا تحسبا من وقوع ما يجعلهم محل متابعة جزائية.

3- الفحص الطبي :

يبقى غامضا أمر تقديم طلب المحامي لإجراء فحص طبي، هل يتقدم به مباشـرة إلى وكيل الجمهورية، أم إلى ضابط الشرطة القضائية القائم بالتحقيقات؟

4- التفتيش الجسدي للعنصر النسوي في هذه المرحلة:

على خلاف التشريعات العالمية نصت على أن التفتيش الجسدي للمرأة لا يتم إلا من طرف نظير ا، و في غياب تشريع يعالج الأمر يبقى الأمر من الناحية التطبيقية رهين هـذا الإشكال؟

وجهات النظر المقترحة

1**- فيما يخص حق الاتصال** :

إنه بات من الضروري على المشرع الجزائري أن يتدارك الوضع و ذلك بصياغة نص فعال تجسيدا لشرعية مبدأ التوقيف للنظر، بإحداث على مستوى كل مركز شرطة مجمـع هاتفي مخصص للخدمة العامة ليتسنى للموقوف تحت النظر الاتصال فورا بعائلته، و في حالة عجز تغطية سعر المكالمة نرى ضرورة فتح خط خاص أين تقع تغطية سعر المكالمة من قبـل ذوي عائلة الموقوف(1).

2- **فيما يخص حق الإطعام:**

بالرغم من غياب و عدم إدراج نص يعالج هذا الإشكال في إطاره القانوني، الذي لا يمكن للمشرع الجزائري أن يتحلل منه، فإننا نرى من الجانب الإنساني تخصيص شطر من ميزانية وزارة العدل، تخص ا هذه الفئة في حالة عجزها، اعتمادا علـى الوضـعية الاجتماعيـة للموقوف تحت النظر(2).

(1),(2)- حبيش جميل, حقوق الإنسان في الوطن العربي, مركز دراسات الوحدة العربية
Web. Site http/ w.w.w caus.ORG.Ib

3 – فيما يخص الفحص الطبي:

أما فيما يتعلق بشأن تقديم الطلب، نرى بالترجيح بما كان تقديم طلب الفحص مباشرة إلى ضابط الشرطة، لكون ذلك من قبيل اتصال الدفاع بالضبطية و من ثم يبرز هذا المبدأ و تطبيقه اعتمادا و حماية لحقوق و حريات الأفراد.(1)

4- فيما يخص الفحص الجسدي للعنصر النسوي:

الأجدر بالمشرع و اعتمادا على قواعد الشريعة الإسلامية أن يدرج نص على أن يقع تفتيش المرأة الموقوفة من نظير ا حفاظا عليها و صيانة لشرفها.

المطلب الثالث: ضمانات الحقوق في حالة الوضع بالحبس المؤقت و الإفراج

مما لا شك فيه أن الحبس المؤقت(2), (3) من أخطر إجراءات التحقيق لما ينطوي عليه من مساس بحرية الإنسان المتهم، و من تناقض مع أصل البراءة في الإنسان الذي يلازمه حتى تثبت إدانته بحكم بات و يمكن القول أن كافة القوانين الإجرائية للدول التي تأخذ ذا النظام نظمت هذا الإجراء بطريقة صريحة، إلا أن الاختلاف بينها قائم حول مدى الضمانات التي تضفي الشرعية على هذا الإجراء و تجعل نطاقه يتحدد في أضيق الحدود و في ذات الوقت تحدد فعالية الرقابة القضائية، فما هو الأساس القانوني لهذا الضابط؟ و ما مدى التزام القاضي به في تحقيق الضمانات قانونيا و واقعيا؟

(1)- ا لة القضائية- عدد خاص, المرجع السابق, ص 73

(2)- مذكرة واردة عن الأمانة العامة لوزارة العدل تحت رقم 03/1486 مؤرخة في 2003/12/21 بخصوص الحبس المؤقت, الملحق الأول ص 3

(3)- مدة الحجبس المؤقت في فترة السيد محمدج آدمي وزير العدل السابق وصلت إلأى 42 شهر و هو ما انتقده رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة خلال مجلس الوزراء مشيدا بذلك اللجنة الوطنية لصلاح العدالة

الفرع الأول: الأساس القانوني

أولا: الأساس في مبادئ الشرعية الدولية

قد لا يكون سند هذا الضابط منصوص عليه صراحة في كل من قواعد الشرعية الدولية. و لكن الذي لا شك فيه هو أنه ضروري لشرعية الأمر و لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية و لكن يمكن القول أن المبدأ يستتشف من نص الفقرتين الأولى و الثانية من المادة التاسعة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية كما تم ذكره من قبل.

ثانيا: الأساس في نصوص الدستور

يجد المبدأ أساسه الدستوري في نص المواد "32" و "35" و "47" حيث أورد الدستور في رحاب هذه المواد ما يدل على المبدأ و تتمثل هذه النصوص بحالتها ضمانة دستورية للحماية الجنائية لحقوق الإنسان[1].

ثالثا: الأساس التشريعي في قانون الإجراءات الجزائية

تنص المادة "123" من ق.إ.ج.ج قانون رقم 08/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 أن الحبس المؤقت إجراء استثنائي كما أنه تكريسا لقرينة البراءة جاءت المادة "19" من ذات القانون غيرت مصطلح الحبس الاحتياطي بمصطلح الحبس المؤقت و مصطلح الإفراج المؤقت بمصطلح الإفراج و هذا تجسيد و تطبيقا لمبدأ أن الأصل في الإنسان الحرية و الحد منها هوالاستثناء و هو ما يتماشى و قواعد الحماية الجنائية.

(1)- الجريدة الرسمية- نشر خاص- العدد 61 لسنة 1996

الفرع الثاني: دور القاضي بالالتزام بالمبدأ واقعيا

كان قاضي التحقيق فيما سبق و قبل تعديل يتمتع بسلطة واسعة بشأن إيداع المتهم رهن الحبس و دون رقابة من أي جهة على هذا القرار الذي يمس بحريات الأفراد. فجـاء التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بمقتضى المادة "123" التي أعـدت صـياغتها و اعتبرت الحبس المؤقت كإجراء استثنائي من جهة، و من جهة أخرى أنه لا يمكن لقاضي التحقيق أن يتخذه إلا إذا كانت الرقابة القضائية غير كافية ومن جملة هذه الشروط ما يلي:

1- إذا ما لم يكن للمتهم موطن مستقر، غير أن المشرع يجب أن يحسم و يضبط مفهوم الموطن المستقر الذي يثير إشكالات من شأ ا أن تؤدي إلى توسيع سلطات قاضـي التحقيق لهذا المفهوم، و كلما كان كذلك أصدر أمر الوضع بالحبس المؤقت[1].

2- حالة خطورة الأفعال المنسوبة للمتهم، و في هذا الشأن لم يوضح المشرع ما يعتبر من الأفعال الجد خطيرة، فهل يعتمد هنا على أساس التطبيق القانوني إلى وصف الجرم، أو على أساس التقسيم الموضوعي بصورة دقيقة، مما يجعل قاضي التحقيق يتمتـع بـسلطة تقديرية واسعة تقلل من الضمانات و تمس بالحريات[2].

3- إذا لم يقدم المتهم ضمانات كافية للمثول أمام العدالة، و هنا يثار التساؤل حول محتوى الضمانات التي يقرها المشرع و التي يؤدي باقتناع قاضي التحقيق، و حسب رأينـا نرى ضرورة إحداث ما يسمى بالضمانات المالية، و هي مستبعدة في التـشريع الجزائـري الحالي لأ ا إمكانية كبيرة لدعم الضمانات من جهة، و من جهة أخرى تغطي الكفالة المالية جميع إجراءات الدعوى و تغطي الغرامات و التعويضات المدنية.

(1)- د. أحسن بوسقيعة, المرجع السابق, ص 137

(2)- الجيلالي بغدادي, المرجع السابق, ص 139

4- أن يكون ضروريا لحماية المتهم أو تفادي حدوث جريمة من جديد أو أن يكون المتهم خالف من محض إرادته إجراءات الرقابة القضائية.

5- أن يكون هذا الحبس المؤقت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الأدلة المادية أو تفادي لتواطؤ بين المتهمين.

فعلى قاضي التحقيق حفاظا على حريات الأفراد، أن يلتزم بهذه الشروط الموضوعية في معناه الضيق على أرضية الواقع حتى يحقق الضمانات الكافية المتعلقة بتلك الحريات .

و لكي تكتمل شرعية الأمر بالوضع بالحبس المؤقت يجب أن يشمل عدة عناصر تحقق الغاية من الالتزام و تتضح هذه العناصر:

أولا: أن يكون التسبيب كاملا، وكمال التسبيب يعني ذكر الوقائع المنسوبة للمتهم.

ثانيا: أن يكون التسبيب واضحا لا غامضا، و من ثم يقف الصادر ضده الأمر على حقيقة ما نسب إليه(1).

ثالثا: أن يكون التسبيب محددا بواقعة أو شخص بعينه أو مجموعة من الأشخاص، فلا يكون التسبيب عاما (2).

و تنفيذا لهذا الأمر يوجب على قاضي التحقيق تبليغ المتهم شفاهة مع إبلاغه بحقه في استئناف الأمر في أجل 03 أيام من تاريخ تبليغه، و تنفيذا لهذا يصدر قاضي التحقيق مذكرة الإيداع المتهم بمؤسسة إعادة التربية. و قد أصبح هذا الإجراء يتبع وفق إجراءين متميزين، و من ثم كان لزوما على المشرع تقييد قاضي التحقيق مرة أخرى بشروط تشكيلية يهدف من ورائها إلى تحقيق فكرة تكريس مبدأ الحفاظ على الحريات الأساسية للأفراد.

(1),(2)- د. سليمان عبد المنعم, المرجع السابق, ص 213

أما تقرير حق الاستئناف للمتهم المحبوس هو ضمانة و حماية مكملة لضابط الالتزام بالمبدأ،و لا ينال من هذا النظر أحقية سلطة التحقيق في الإفراج عن هذا المتهم متى شاءت. و كما سبق الإشارة إليه أن للمتهم أو محاميه الحق في استئناف أمر الوضع بالحبس المؤقت خلال مهلة 3 أيام من تاريخ تبليغه شفويا أمام غرفة الاتهام، على أن يفصل فيه خلال مهلة 20 يوما بأمر غير قابل للاستئناف. و في هذا السياق فإن الضمانات التي يكتسبها المتهم خلال مرحلة استجوابه من قبل قاضي التحقيق تنحصر فيما يلي:

- ضرورة ايحاط قاضي التحقيق المتهم بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه, و حريته في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأي تصريح.

- الحق في اختيار محام, فإن رفض ذلك عين له قاضي التحقيق محاميا من تلقاء نفسه ليحضر معه الاستجواب و المواجهة و هو الأمر الذي يكرس مرة أخرى جدية هذه الضمانات[1].

و تبقى الاتجاهات الحديثة للمشرع الجزائري في محاولاته لدعم ضمانات المتهم على ضوء التعديل الجديد تقلص أكثر فأكثر لسلطة قاضي التحقيق[2] فيما يتعلق بتمديد الأمر بالحبس المؤقت من خلال نص م"124"ق.إ.ج.ج.(انظر الملحق الأول)

كما حدد في هذا الاتجاه التعويض عن الحبس المؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية بصدور قرار نهائي بأن لا وجه للمتابعة أو قرار نهائي بالبراءة[3] و ترتب ضرر ثابت مسايرا في ذلك ما نصت عليه المادة "10" في شرطها الثامن من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المادة "49" من دستور "96" و ذلك أمام لجنة مختصة غير أنه يبقى الأمر مجرد نص يفتقد إلى تجسيد من الناحية الواقعية.

(1)- سلسلة المحاضرات التي ألقاها الأستاذ بوشاشي بالمعهد الوطني للقضاء 2000

(2)- V.Cass, crim. 7 Novembre 1988 ; B.C N° 376

(3)- Graven (J) Le problème des nouvelles techniques d’investigation au procès penal, 1950 P 30

و فضلا على ما يترتب عليه من تعويض، فإن المشرع نـوه في المـادة 109 مـن ق.ع.ج على معاقبة رجال القوة العمومية و مندوبو السلطة العمومية و المكلفون بالشرطة الإدارية أو الضبط القضائي الذين يهملون الاستجابة إلى طلب يرمي إلى ضبط واقعة حجز غير قانوني، سواء في الأماكن المخصصة لذلك أو غير مخصصة بالسجن المؤقت من خمـس إلى عشرة سنوات، مما يجعل الأمر محل وجوب التزام على القائمين عليه له أهميته، خاصة في ضوء سياسة جنائية غايتها حماية حقوق الإنسان.

المطلب الرابع: الضمانات في حالة التفتيش.

قد أصبحت هذه القاعدة من المسلمات الفكر القانوني[1] الحديث خاصة في مجال حقوق الإنسان، و من ثم فهي إحدى ضوابط الشرعية الإجرائية التي إن خالفها المشرع في تشريعه اتسم هذا الأخير بعدم الشرعية، و تعين القضاء بعدم دستوريته، و لهذه القاعدة فلسفتها التي تدحض بعض ما يوجه إليها من نقد خاصة المتصل منه بالسياسة الجنائية، و لتطبيقها بعض الصعوبات مما يتعين معه و الحال ، كذلك إيضاحها .

الفرع الأول : الأساس القانوني للقاعدة

أولا: فلسفة القاعدة في المواثيق الدولية

نصت المادة الثانية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على المبدأ كأصل عام على أنه "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه و سمعته، و لكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات".

و لا شك أن النص الدولي أوجب احترام و التزام الضمانة ،و أنه لا يجوز اللجوء إلى هذا الإجراء إلا بناء على تهمة موجهة إلى شخص.

---

(1)- أ. محمد أنور عاشور, المبادئ الأساسية في التحقيق الجنائي العملي- عالم الكتاب- دار النهضة للطباعة, القاهرة, 1969, ص 51

ثانيا: فلسفة القاعدة في مبادئ الدستور

تعتبر نص المادة أربعين"40" من دستور "96" كفلت صون هذا الحق إذ تنص على أن " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة مسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، و في إطار احترامه.

و لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة " و يعد هذا من قبيل صون هذا المبدأ و تحقيقا لذات الهدف.

ثالثا: فلسفة القاعدة في التشريع العادي.

انطلاقا من مبدأ افتراض قرينة البراءة الذي أكده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ضمن التشريع العادي ضمن قانون الإجراءات الجزائية، إرساء لهذا الإجراء فتناولته المادتين"45" و "47" من ق.إ.ج.ج و كذا المادة 85 من ذات القانون، تكريسا للقاعدة و ضمانة أساسية للحماية تحقق هدفها.

الفرع الثاني: مدى التزام القاضي بالقاعدة من الناحية العملية.

يعتبر التفتيش وسيلة لإثبات[1] أدلة مادية، فقد يكون موضوعه شخصا أو مكانا أو شيئا.

غير أن ملائمة اتخاذ هذا الإجراء يعود للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق، ومن ثم وجب عليه التقيد بما يجب مراعاته تحت طائلة البطلان، لما ينطوي على مساس بحرمة المسكن الذي يعد من الحقوق الأساسية المستمدة شرعيتها من المبادئ الدولية و الدستورية و يتجسد ذلك فيما يلي:

(1)- أنظر في الملحق الأول, الصفحة الثالثة و الرابعة, الاذن بالتفتيش الصادر عن وكيل الجمهورية لدى محكمة معسكر و كذا التقرير بعد الانجاز.

1- حضور المتهم عملية التفتيش[1]، فمن واجب قاضي التحقيق أن يلتزم بنص

المادة "45"فقرة 01 من ق.إ.ج.ج على وجوب حضور المتهم عملية التفتيش إذا حـصل في مسكنه، فإذا استحال ذلك، عين له ممثلا له و إذا امتنع أو كان هاربـا عـين قاضـي التحقيق شاهدين من غير الخاضعين للسلطة.

2- القيام بالتفتيش بين الساعة الخامسة صباحا و الساعة الثامنة مساء، غير أنه يرد استثناء عل هذا القيد إذا ما تعلق بالنداءات الموجهة من صاحب المسكن، و كذا جرائم المخدرات و الدعارة.

3 - ضمان احترام السر المهني، فإذا تم التفتيش في مسكن شخص منهم فعلى قاضي التحقيق أن يأخذ مقدما جميع التدابير اللازمة لضمان احترام السير المهني.

4- إحصاء الأشياء و الوثائق المحجوزة(2)، وضعها في أحراز مختومة مع دعوة محامي المتهم إلى الحضور عند فتحها.

فإذا التزم قاضي التحقيق ـذا المبدأ ضمن شروطه فإن تحقيقـه سـيخلو مـن أي ملابسات، و بذلك يحقق الحماية الجنائية لحق المتهم المحمي جنائيا، دوليا و داخليا.

---

(1)- يعفى قاضي التحقيق من الالتزام بما يتعلق بجرائم الارهاب و التخريـب المـادة 45 فقـرة 6 بموجـب الأمـر رقـم 95-10 المـؤرخ في 1995/02/25

(2)- المادة 2/93 من دستور 1996, في هذا الشأن ما قضت به محكمة استراسبورغ الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية 5 مواطنين ألمـان رفعـوا دعوى ضد بلادهم إدعوا فيها أن القانون الأماني الصادر في 1968/08/13 تخالف أحكام المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنـسان و لكـن المحكمة رفضت ذلك (قضية كالاس حكم 1989/03/09)

المطلب الخامس: الحق في محاكمة عادلة

من الدواعي و المسلمات حق المتهم في مثوله أمام قاضي طبيعي عند محاكمته، مـع احاطته بكافة الضمانات التي تكفل حقه في محاكمـة منـصفة، خـلال مـدة زمنيـة معقولة، يراعى فيها أصل البراءة، حتى و هو متهم وبعد أن قررت جهة التحقيق إحالته إلى المحكمة، فيظل غير ملزم ببراءته، فتظل جهة الاتهام ملزمة بإثبات و تعزيز الاتهام بالأدلـة الكافية، و لا ينال من هذا كون المتهم غائبا، فيبقى مع ذلك حقه في الدفاع قائما، فـإذا صدر حكم بإدانته وجب تمكينه من كافة طرق الطعن لإعادة النظر في إدانته، و في خضم ذلك يجب أن لا ننسى حق المضرور، فلا نتركه بعيدا عن إجراءات الدعوى بل يجـب أن نعطي له من الآليات ما يتمكن بواسطتها من متابعة كافة الإجراءات، لتحقيـق التـوازن الإجرائي بينه و بين الأطراف الفعالة الأخرى و من ثم يثار التساؤل حول الأساس القانوني لهذا الحق ؟.

فما مدى التزام القاضي بمفهوم حق المحاكمة العادلة و نطاق حمايته ؟.

الفرع الأول: الأساس في النظام القانوني.

أولا: المصدر الدولي:

لا شك أن الضابط منصوص عليه صراحة في قواعد الشرعية الدولية نظرا لضرورياته لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية. فقد نصت عليه المادة الثامنة و العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما نصت المادة "14" من العهد الدولي للحقوق المدنية سياسية بأن الأشخاص متساوين أمام القضاء و لكل فرد الحق في محاكمة عادلة[1]و علنية بواسطة محكمة مختصة و مستقلة و حيادية قائمة استنادا إلى القانون.

(1)- د. أحمد فتحي سرور, مرجع سابق, ص 4, 5, 6

و من ثم فإن وضع المجتمع الدولي لهذا المبدأ ليس إلا لتحقيق هذه الحماية و الحفاظ على التوازن لكي يكون مشروعا.

ثانيا: المصدر الدستوري

لقد كفل الدستور صراحة حماية هذا الحق و بصورة مطلقة و ناقش هذا من خلال نص المادة "45" من دستور "96" و التي تضمنتها عبارة واضحة بقولها حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته.

و من ثم يمكن أن نستشف من عبارة نظامية، و قراءة نص المادة قصدها بتحديد قاضي طبيعي ذو مقومات معينة و أن تكون المحكمة المختصة محددة بالقانون و عليه فإن الدستور نص على هذا الضابط الذي يعتبر من ضوابط الشرعية الإجرائية بمنظور سياسة جنائية غايتها حماية حقوق الإنسان.

ثالثا:الأساس ضمن التشريع الداخلي

يعتبر قانون الإجراءات الجزائية ضمن التشريعات المعاصرة التزاما لتحقيق هذا الضابط، من خلال الإجراءات التي تحكمه, و يهدف إلى الشرعية الإجرائية في مرحلة المحاكمة كما سيأتي تبيانه ضمن الفرع الثاني و هو ما يحمل في معناه ذات الأحكام التي تضمنها الدستور و من قبله النص الدولي.

الفرع الثاني: التزام القاضي بمفهوم المبدأ و نطاق حمايته

كما سبق و أن أشرنا إليه فإن الدستور نص على حق التقاضي بأن لكل مواطن الحق في الالتجاء إلى القضاء. وهوما تكفلت به الدولة مؤخرا من تقريب العدالة إلى المواطن. و من خلال قراءتنا المتواضعة لنصوص الدستور، احتواء مواده على مصطلح الجهة النظامية الذي يتحدد من خلال مفهومها و يقترن بالقاضي العادي(1) و هي ضمانة خاصة بحماية حقوق الإنسان متهما كان أو ضحية.

(1)- محمد علي سالم عياد الحلبي, الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية, الجزء 3, مكتبة دار الثقافة, الطبعة الأولى, 1996, ص 263

و هذا ما قد استقيته صراحة من نص المادة "138" من دستور "96" "على أن السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون " و المادة "147" على أن " القاضي لا

يخضع إلا للقانون" "148" على أن " القاضي محمي من كل أشكال الضغوطات و التدخلات و المناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس بـ اهة حكمه".

فهما ضامنتان لحقوق و حريات القاضي الشخصية و المهنية و في ذات الوقت ضامنتان لحريات الإنسان الخاضع لسلطان القاضي و أحكامه.

و من ثم نرى أن عناصر النظامية بناء على فكرة القضاء العادي، هو استخلاص من مبدأي استقلال القضاء و حياده و ذلك في ثلاث عناصر:

1. إنشاء محكمة و تحديد اختصاصها بقانون: و عليه فإن بعض الجهات التي تنشأ للفصل في بعض الدعاوى لا يمكن اعتبارها من المحاكم.

2. إنشاء المحكمة و تحديد اختصاصها قبل وقوع الجريمة: فيجب أن يعرف سلفا كل مواطن من هي المحكمة المختصة للفصل في ذلك.

3. أن تكون المحكمة دائمة: و تتقيد ا المحكمة العادية التي أنشأها القانون للنظر في الدعوى دون قيد زمني معين.

إذا فلضمانة المحاكمة العادلة مرتبطة أساسا بضمانة القضاء المستقل، المحايد،ذو الحصانة.

أولا: حق الدفاع

لقد كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا الحق من خلال نص المادة "11" في ماد ا الأولى و هو ما جسدته المادة "14" فقرة "03" من العهد الدولي لحقوق الإنسان

المدنية و السياسية و هو أيضا ما كرسته المادة "151" من دستور "96" الحق في الدفاع معترف به و هو مضمون في القضايا الجزائية[(1),(2)].

فحق الدفاع هي وسيلة قانونية سلمية لتحقيق العدالة، و من ثم بات على القاضي الجزائي أن ينظم حضور الخصوم، و يبين متى يكون الحكم حضوريا رغم عدم حضور المتهم أمام المحكمة، و عليه في ذات السياق منح حق المتهم في المعارضة، كما عليه أن ينظر بوجه التدقيق بما يتعلق بالأدلة بصفة عامة.وأن لا يجعل من غياب المتهم دليلا لاقتراف الفعل أو تمردا على القانون فضمانة الدفاع متعلقة بإنسانية الإنسان.كما أن على القاضي أن يراعي حماية الحقوق الضحية بصفته مضرورا.(أنظر المؤتمر الدولي السابع للأمم المتحدة الخاص بمنع الجريمة، المنعقد بميلانو من 26 أوت إلى 6 سبتمبر1985 تبنى الدراسة لتحقيق التوازن الإجرائي)

ثانيا: حماية حق المحكوم عليه جنائيا في درجة ثانية للتقاضي[3]

لقد نصت على هذا المبدأ المادة 14 في فقر ا الخامسة واعتبرته ضمانة اتجاه القاضي على تحقيقها، والجدير بالذكر أن المبدأ تضمنه أيضا ق.أ.ج.ج، بصفة مطردة، فاقتصر الاستئناف سوى على مادة المخالفات والجنح دون الجنايات لأن هذه الأخيرة تكون محل طعن النقض.

ثالثا: تقيد جهة الحكم بالوقائع المطروحة عليها[4]**.**

ومآل هذا القيد أن موضوع الدعوة العمومية يجب أن يتطابق مع الوقائع المطروحة على جهة الحكم طبقا للمواد 250، 333، 394 من ق.إ.ج.ج، وهو ما يتجسد شأنه بالاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى وطرق إحالة الدعوى عليها فيما يتعلق بالجنح

(1)- راجع نص المادة 338 من قانون الإجراءات الجزائية على ضرورة منح المحكمة الجنح للمتهم مهلة لتحضير دفاعه.

(2)- المادة 292 ق ا ج, حضور محامي وجوبي في مادة الجنايات

(3), (4)- انظر ما انبثق على توصيات المؤتمر المنعقد بالقاهرة من 12-14 مارس 1979 و المؤتمر الدولي السابع للأمم المتحدة المنعقد بميلانو من 26 أوت إلى 06 سبتمبر 1975, إن ضرورة اتخاذ تدابير فعالة لاحترام حقوق المتهم و الصحية, و قدمت هذه التوصيات للجمعية العامة للأمم المتحدة التي تبنت المشروع الاعلاني الخاص الذي عرف ب"إعلان ميلانو"

والمخالفات، فإذا ما أخلت بهذا القيد يترتب على ذلك نقض حكمها، ومن هنا يتضح أن قانون الإجراءات الجزائية اعتبر هذا القيد ضمانة لحماية حق المتهم ومن ثم تكريسا لمبدأ المحاكمة العادلة.

رابعا: الحق في محاكمة علنية.

على القاضي الجزائي أن يراعي بما أقره ق.إ.ج.ج، فيما يتعلق بهذا الضابط فنصت المادة 285 من ق.إ.ج.ج " المرافعات علنية مالم يكن في علانيتها خطر على النظام العام والآداب ".

غير أنه من الناحية الواقعية يثور الإشكال بالنسبة للعلنية فيما يتعلق لحضور الجلسات بناءا على الإستدعاءات، فهل هذا يؤثر على هذا الضابط؟.

نرى أن العلنية إذا ما اقترنت بهذا فإن ذلك يمس بأصلها العام ومن ثم فإن العمل بالمبدأ يجب التسليم به دون قيد أو شرط.

خامسا: الحق في مناقشة الشهود وإبداء الدفاع

من شروط المحاكمة العادلة التي يجب على القاضي مراعاتها، واستنادا إلى شفوية المرافعات تمكين المتهم من مناقشة الشهود والتجريح، واستدعاء شهود النفي طبقا للمواد 88 إلى 99 و 273، 274، 288.وعلى القاضي التسليم و إقرار المناقشة باللغة التي يحسنها المتهم.

إشكال السلطة التقديرية للقاضي في تفعيل مبدأ المحاكمة العادلة

عندما يخلص القاضي إلى أن هناك مطابقة بين الفعل الواقعي وبين المضمون، يعلن قيام الجريمة وبالتالي الإدانة، وعليه أن يحدد العقوبة، غير أن المشرع منح للقاضي مجال واسع لتقدير العقوبة بين الحد الأدنى والحد الأقصى مما يجعل القاضي بين صحة التقدير أحيانا وتحت وطأة الإجحاف تارة أخرى، فما هي أسباب الإخفاق في سلامة استخدام السلطة التقديرية؟

يمكن القول حسب رأينا أن الأسباب عملية أكثر من كو ا تشريعية وهي:

أولا:قصور دور الضبطية القضائية[1]

فليس لدينا نظام التحري الذي يطرح على سلطة التحقيق كافة الظروف الواقعية، وحالـة المتهم النفسية والاجتماعية والأسباب الدافعة للجريمة، بل لدينا مراكز شرطة تتلقى مـا يـتم الإبلاغ به وبالتالي فإ ا تنقل الأوراق إلى النيابة بالقصور والغموض.

ثانيا:عدم شمول التحقيقات بحقيقة حالة المتهم والظروف الواقعة[2]

فيمكن القول أن الذي تواتر عليه العمل لدى النيابة، إبراز عناصر أركان الجريمة دون التطرق للتحقيقات بشأن أحوال المتهم النفسية وقت ارتكاب الجريمة.

ثالثا:تكدس القضايا وعدم تخصص القضاء الجنائي

فهو من بين المشاكل التي تقف حجرة عثرة، وما يزيد الأمور تعقيدا خلو بعض الملفات من أوراق القضايا، كما أن تشتت القاضي بين أكثر من أقسام وأنواع القضايا مع اختلاف طبيعة الأحكام الصادرة، كل ذلك أدى إلى عدم وجود تخصص للقضاة في الميدان الجنـائي ومن ثم كان مجرد حكم القاضي حقلا لأفكاره الشخصية.

(1),(2)- انظر توصيات كل من المؤتمر السابع الدولي للتشريع العقابي المنعقد بأثينا 1952 و المؤتمر الدولي الثامن ببرشلونة 1961,د. خيري أحمـد الكباش, الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراة 2002

الحلول المقترحة

يمكن وضع ضوابط إرشادية لمعالجة الإشكال وفي هدا السياق نرى أن على القاضي أثناء استعمال للسلطة التقديرية في مجال العقوبة أن يراعي مايلي:

العوامل والظروف التي تساهم في تكوين الشخصية الإجرامية مع مراعاة واجب الردع العام.

1- يجب على القاضي تسبيب استخدامه في السلطة التقديرية تبعا لطبيعة الجرم وجسامة الضرر، مع الأخذ بعين الاعتبار سوابق ا ـرم وأسلوب حياته قبل ارتكاب الجريمة.

2- الدعوة إلى تخصص القضاة في الميدان الجزائي.

3- فرض المشرع للرقابة على استعمال السلطة التقديرية في تحديد العقوبة.

المبحث الثاني: الحماية عن طريق تطبيق القوانين الجنائية الموضوعية

إذا كانت السلطة التشريعية هي المصدر الطبيعي للتشريع بصفة عامة ومن باب أولى المصدر التشريعي للقانون الجنائي في التجريم والعقاب.وكان النظام العقابي يقضي بتقييـد حرية الفرد من خلال هذا التجريم والعقاب، باعتبار أن القواعد الـشرعية الدوليـة قـد أصبحت ضمن النظام القانوني الجنائي بما فيه من قواعد دستورية حالة كو ا ملزمـة، ولا يجوز الإبقاء على ما يتعارض مع أحكامها من نصوص أو معاني، وبالتالي يجب أن تكـون هذه النتائج المترتبة على ذلك تؤدي بحتمية إلى تحقيق الحماية الجنائية لحقوق الإنسان خاصة في ظل ما يتعارض مع غائية الحماية وقابلية قواعد الإباحة للتطبيق الـذاتي أمـام القـضاء الداخلي.

المطلب الأول: مبدأ لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون

إن هذا المبدأ يعني حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون لتحديد الأفعال الـتي تعد جرائم، وتبيان أركا ا وتحديد العقوبات المقررة لها، فهذا المبدأ متصل بالحريات العامة والحقوق الفردية، وهو ضمان خاص فمن لم يأتي فعلا لم يجرمه القانون هو طبقا لهذا الأصل آمن من المسؤولية الجنائية، فما هو الأساس القانوني لهده القاعدة؟ وما هو دور القاضي في الأعمال المستمر لهذا الضابط واستقراره؟ .

الفرع الأول: الأساس القانوني

أولا: في قواعد الشرعية الدولية

نصت المادة 11 في فقر ا الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[(1),(2)] الصادر عن الجمعية العامة على أن " لابد أن أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء

(1)- Le site des nations- unies W.W.W U.N. OR.G
(2)- Crim 08/01/1977 Loyabax.D 1979-509.V Egalement
Crim 12/01/1989 Boyrquin B.C N° 14

عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب" كما تضمنته المادة "15" من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.

ثانيا: في مبادئ الدستور و أحكامه

أكد دستور 1996 على مضمون القاعدة في صريح المادتين"46" و "142" فقد نصت المادة "46" على أنه " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل ا .رم" كما نصت المادة "142" منه على أنه " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية و الشخصية".

ثالثا: في نطاق التشريع الدخلي

لقد جاءت المادة "1" من قانون العقوبات ترديدا لما نصت عليه المادتين "46" و " 142" من دستور 1996 بصدد هذا الضابط، حيث نصت في صدرها على أنه "لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

الفرع الثاني: دور القاضي في الإعمال بنص القاعدة

لا يمكن بأي حال من الأحوال متابعة أو معاقبة شخص على فعل غير منصوص عليه في القانون، و على الأصل فإن تطبيق المبدأ شرعية التجريم و العقاب يكون مصدره نصا تشريعيا، و هو من اختصاص السلطة التشريعية و هذا إسنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، و عليه فإن القاضي الجزائي عند تحديد العقوبات للمجرم يجب أن يراعي مايلي:

1- يجب أن تكون الجريمة محددة: و هذا وفقا للقانون بما في ذلك تحديد أركا ا و تحديد العقوبة، و مصدر التجريم و العقاب هو القانون، و من ثم لا يجوز للقاضي معاقبة أحد أو متابعة أحد بجرائم لم ينص عليها القانون صراحة.

2- يجب أن يكون التجريم دقيقا: فعلى القاضي أن لا يكتفي بالنص بل يجب أن يكون النص قابلا للتطبيق.

3- عدم قابلية تفسير النصوص: عملا بقاعدة التفسير الضيق أو المقيد للنص الجزائي فإن النص القانوني يعبر عن إرادة المشرع الذي يختص وحده للحد من حرية الأفراد. و من ثم لا يجوز للقاضي تحت غطاء التفسير خلق جرائم تخرج عن النطاق القانوني.

كما أن القاضي لا يجوز أن يلجأ إلا لتدابير الأمن المنصوص عليها صراحة في القانون غير أن الإشكال الذي يثار هنا أن الطابع العلاجي لتدابير الأمن يفرض بعض الأحيان تلطيف مبدأ الشرعية، بحيث أن المشرع من خلال قراءتنا،لم يحدد في معظم النصوص العقابية والإجرائية لكل تصرف تدبير أمن معين كما هو الحال بالنسبة للعقوبة.مما يطرح إشكالية واقعية من الناحية العملية. و من ثم فعلى المشرع تحديد التدابير الواجب أخذها بما في ذلك.

أما الإشكال الثاني فيطرح بشأن التنظيم الذي ينشأ المخالفات و إملاء العقوبات فيها (simple contravention)، و هو حق مخول لرئيس الجمهورية يتم إصدارها بواسطة مراسيم تشريعية، المتعلقة بمخالفة المراسيم التنظيمية,و هناك المراسيم البسيطة (Arrêtes) و هي تصدر عن السلطات المحلية كالولاية و البلدية فإ ا لا يمكنها إلا إنشاء المحظورات (Prohibitions) و ليس لها إملاء عقوبات و كمثال المادة "459" من ق.ع المتعلقة بمخالفة المراسيم التنظيمية، فعلى القاضي في مثل هذه الحالة تبرئة ساحة المتهم الماثل أمامه و المنسوب إليه مخالفة التنظيم، لأن اختصاص إصدار النصوص ا رمة يؤول للمشرع. و بالتالي ليس للقاضي سلطة إلغاء هذا القرار الإداري و إنما يتوقف دوره على تجريد ذلك القرار من الجزاء العقابي.

أما من جهة أخرى تطرح أمام القاضي مسألة غائية قواعد الإباحة و مدى قابليتها للتطبيق أمامه؟

فيمكن القول أن القواعد الجنائية لحقوق الإنسان ذات المصدر الدولي قد اتخذت هذا المنهج بصدد العديد من الحقوق، فإذا كانت قد أطلقت حرية الشخص في استخدام بعضها، فإن المشرع قد قيد بعضها في حدود معينة حفاظا على قيم و مبادئ يرى في ذا ا حماية لحقوق الآخرين، لأن حرية الشخص تتوقف عندما تبدأ حرية الآخرين، و من ثم فإن

التشريع الداخلي للدولة عضو في الشرعية الدولية قد تتضمن نصوص تجرم ما أباحته الشرعية الدولية و تعاقب عليه.

و من قبيل ذلك ما أفرده نص خاص في قانون العقوبات بتجريم عن ما يتخذ من آراء و هذا ما نصت عليه المادة "144" مكرر من قانون العقوبات،كما تناولت المادة "296" من نفس القانون العقوبة المسلطة عن هذا الفعل، و هو ما يخالف المادة "19" من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية التي أبدت الجزائر بشأ ا تحفظات (Des réserves) و أمام هذا الإشكال يبقى دور القاضي سلبي و هو قائم سوى على تطبيق النص الداخلي لا غير و في ذات الوقت يعتبر قد أخل بمبدأ الحماية الجنائية لحقوق الإنسان و أصول السياسة الجنائية بشكل غير مباشر رغم أن الدستور 1996 نص على حرية التعبير في المواد "36" ، "39"، "41" و"63" (الجريدة الرسمية عدد 96/61)[(1),(2),(3)]

المطلب الثاني: مبدأ شخصية العقوبة

من المستقر عليه في كافة التشريعات العالمية ومن مبادئ الأصول السامية ضمانة مهمة وتتمثل في شخصية المتابعة والعقوبة، بحيث أن هذه الأخيرة يجب أن لا تمتد إلى مادون الشخص المحكوم عليه، وهذا أخذا بسياسة تفريد العقوبة باعتبار توقيعها لا ينصرف إلى أفراد أسرة الشخص التي ثبتت مسؤوليته عن ارتكاب الجريمة، ومن ثم يثار التساؤل عن الأساس القانوني لهده القاعدة؟ وما هي العناصر التي يعتمد عليها القاضي؟.

(1)- كذلك نصت المادة 2 من قانون الإعلام رقم 07/90 المؤرخ في 1990/04/03 و الجريدة الرسمية عدد 90/14

(2)- ا لة القضائية 1994 العدد 03 ص 289, ملف رقم 112469

(3)- David Feldman : Freedom of expression the international convention on civil and political riehts and united kingdom.law

الفرع الأول: الأساس القانوني للقاعدة

أولا: أساسه في قواعد الشرعية الدولية

قد لا يكون سند هذا الضابط منصوص عليه صراحة في قواعد الشرعية الدولية، ولكن الذي لاشك فيه أنه يستشف من مضمون المادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا المادة التاسعة في فقر ا الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

ثانيا: أساسه في نصوص الدستور

يجد الضابط أساسه من خلال نص المادة" 142"من دستور 1996 حيث نص على أنه "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية ".

ثالثا: الأساس التشريعي لقانون العقوبات

في هذا الصدد أكدت أحكام قانون العقوبات خاصة في إطار التوجه الجديد في التشريعات الجنائية الحديثة، وبناءا على توصيات المؤتمرات الدولية ضرورة الأخذ بسياسة التفريد في ميدان العقوبة و ذا يكون قانون العقوبات قد أقر الحماية الكاملة في هدا الشأن.

الفرع الثاني: العناصر المعتمدة من طرف القاضي للإعمال بالمبدأ

باعتبار القاضي الحامي للحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وتكريسا لهذه القاعدة يجب عليه أن يراعي عدة عناصر أهمها:

أولا: تفريد المعاملة العقابية

فالعقوبة التي يوقعها القاضي يجب أن لا توقع إلا على الشخص الذي تثبت مسؤوليته، مادام أن العقوبة تمتاز بخاصية الإيلام والقصاص والردع وهدا تأكيدا لقيمة العدالة.

ثانيا: عدم صرف العقوبة إلى مادون الشخص المسؤول

فلا يمكن للقاضي أن يصرف العقوبة(1) إلى أفراد الشخص أو محيطه.

(1)- د. أحند فتحي سرور, مرجع سابق, ص 40

ثالثا: أن تكون الواقعة بذا ا مسندة إلى الشخص المسؤول

على القاضي أن يتأكد من أن الواقعة مسندة من الناحية النوعية والظرفية إلى الشخص المسؤول معتمدا في ذلك على عناصر الإسناد.

المطلب الثالث: عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية

يعبر عن هذه القاعدة من خلال تحديد النطاق الزماني للقاعدة القانونية بصفة عامة، والقاعدة الجنائية بوصفها صنفا من أصناف القواعد يلحقها التعديل والإلغاء، وفي هذا الشأن فإن الوقائع والتصرفات تبقى خاضعة للقانون المعمول به وقت حصولها وأن كل قانون جديد يسري بأثر مستقبلي على كافة الوقائع التي تحدث فيما بعد، وبالتالي عدم قابلية سريان هذا القانون بأثر رجعي ما لم ينص القانون صراحة على ذلك.

فما مدى وجود التزام القاضي الداخلي بقاعدة عدم الرجعية وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟ .

الفرع الأول: الأساس القانوني لهذه القاعدة.

أولا: في مبادئ الشرعية الدولية

لقد نصت المادة "15" فقرة أولى للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على المبدأ كما جسدته المادة "11" فقرة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذ نصت "لا يد أن أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل، إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة ".

ثانيا: في أحكام الدستور

أكد دستور 1996 على قاعدة عدم الرجعية صراحة من خلال مضمون المادة "46" بقولها "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل ا رم".

ثالثا: في التشريع الداخلي

تأكيدا لما ورد في الدستور وإعمالا له نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على فحوى القاعدة من خلال نص المادة "02" من ق.ع، التي تمنع تطبيق القاعدة بأثر رجعي إلا إدا كان صالحا للمتهم.

الفرع الثاني: كيفية إعمال القاضي بالمبدأ والنتائج المترتبة عليه

يجب على القاضي أن لا يدين شخص عن فعل لم يكن مجرم وقت ارتكابه(1)، كما لا يجوز أيضا على أن يقضي على الجاني بعقوبة أشد من تلك التي كانت مقررة للجريمة وقت ارتكا ا.

غير أنه عند تصفحنا لبعض قرارات المحكمة العليا نجدها صراحة قد أخلت بالمبدأ، وكمثال على ذلك أنه بموجب الأمر رقم 73-29 المؤرخ في 1973/07/05 تم تحديد موعد 1975/07/05 كآخر أجل لسريان التشريع الفرنسي بالجزائر، وعند بلوغ الأجل لم يكن قانون الجمارك قد صدر إلا في 1979/07/21 بموجب القانون رقم 79-07، أين بقي مصير الجرائم التي ارتكبت بين الفترتين معلقة، غير أن المحكمة العليا خرقت المبدأ و اعتبرت في عدة قرارات أن التشريع الفرنسي السابق بقي ساريا إلى غاية صدور قانون الجمارك الجديد.

غير أنه يرد استثناء على قاعدة عدم رجعية القوانين الموضوعية، وهي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي تعتبر في حقيقة الأمر ليست باستثناء كون تجد أساسها القانوني الدولي من خلال الفقرة الأولى من المادة "15" من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

أما على الصعيد الوطني فقد نص عليها دستور 1996 من خلال نص المادة "46"، وتم تجسيده ضمن المادة "02" من قانون العقوبات.

وعليه متى رأى القاضي أن المركز القانوني للمتهم سوف يتحسن بتطبيق القانون الجديد، وبتوافر شروط طبق هذا القانون مع مراعاة ما يلي:

(1)- أ. فتوح عبد الله الشاذلي: شرح قانون العقوبات القسم العام, الإسكندرية, دار المطبوعات 2001, الكتاب الأول, ص 165 و ما بعدها

1- أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون الذي وقعت الجريمة في

ظله.

2- أن يصدر القانون الجديد قبل صدور حكم ائي في الدعوى.

ولكن يطرح التساؤل أمام القاضي متى يكون القانون أصلح للمتهم؟

فهنا يجب أن نفرق بين القانون الأصلح للمتهم من حيث التكييف، التجريم، العقوبة

أولا: من حيث التجريم

يكون القانون أصلح للمتهم في الحالات التالية:

1- إذا لم يعد الفعل المعاقب عليه في القانون القديم محل عقاب في القانون الجديد(1).

2- إذا ألغى القانون ظرفا مشددا(2).

3- إذا قبل فعل مبرر جديد أو سببا جديدا من أسباب انعدام المسؤولية.

4- إذا أحدث ظرفا معفيا أو مخففا (قانون رقم 99-08 المؤرخ في 1999/07/13 المتعلق باستعادة الوئام المدني بالنسبة لجرائم الإرهاب والتخريب الذي جاء بأحكام معفية من العقاب وأخرى مخففة للعقوبة).

ثانيا: بخصوص الوصف

يكون القانون أصلح للمتهم في الحالات الآتية:

1- إذا حول الجناية إلى جنحة (قانون رقم 01-09 المؤرخ في 2001/06/26 الذي عدل نص المادة 119 من ق.ع).

2- إذا حول الجنحة إلى مخالفة ومثال ذلك القانون رقم 98-10 المؤرخ في 1998/08/22 المعدل والمتمم لقانون الجمارك بخصوص حيازة البضائع الحساسة القابلة

(1)- القانون رقم 26/88 المؤرخ في 1988/07/12 المعدل و المتمم لقانون العقوبات الذي ألغي, المادة 421 و جرم فعل سوء التسيير

(2)- القانون رقم 10/98 المؤرخ في 1998/08/22 المعدل و المتمم لقانون الجمارك الذي ألغي ظروف مشددة في جنح الاستيراد أو التصدير بدون تصريح أو تصريح مزور

للتهريب والتي كانت تعتبرها المادة 329 كجنحة وبإلغائها بموجب القانون الجديد أصبحت مخالفة مالم يتعلق الأمر ببضاعة محضورة أو خاضعة لرسم مرتفع.

ثالثا: بخصوص العقوبة

يكون القانون أصلح للمتهم إذا قرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق[1] وبمراعاة القاضي لهذه العناصر يحقق حماية المبدأ من الخطورة الذاتية للتجريم والعقاب.

المطلب الرابع: التعذيب

إيمانا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره على عدم انتهاك حقوقه حضر استعمال أي فعل مباشر يوقع على الفرد أو يمس بجسمه، فقد حرص ا تمع الدولي على التقيد من خلال التوصيات التي أقرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أين أعتبر التعذيب كل قوة مادية خارجة عن المتهم تستطيل إلى جسمه ويكون من شأ ا تعطيل إرادته، مما يجعلنا نتساءل عن مدى رقابة القاضي والنتائج المترتبة في حالة ممارسة التعذيب لحمل المتهم على الاعتراف؟ .

الفرع الأول: الأساس القانوني

أولا: على المستوى الدولي

لقد نصت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صراحة على عدم جواز تعذيب أي إنسان بقولها "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الإطاحة بالكرامة".

وجسدته كذلك المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(1)- انظر الملحق الأول مخالفة محكمة الجنايات لهذا المبدأ التي طبقت المرسوم التشريعي رقم 03/92 المؤرخ في 1992/09/30 المتعلق بمكافحة الإرهاب و التخريب على متهم من أجل وقائع سابقة لصدور هذا النص الغرفة الجنائية ملف رقم 932.113 قرار 1994/03/22

ثانيا: ضمن مبادئ الدستور

يجد هذا المنع صداه في دستور 1996 من خلال مضمون المادتين "34" و "35" إذ تنص المادة "34"على أن "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

ثالثا: في **نصوص التشريع الداخلي**

لقد نصت المادة "110"مكرر فقرة الثالثة على أن "كل موظف أو مستخدم يمارس أو يأمر بممارسة التعذيب للحصول على إقرارات يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات".

وهو ما يحمل في معناه ذات المعنى الذي أقره النص الدولي والنص الدستوري.

الفرع الثاني: مدى تدخل القاضي في **مراقبة الإجراءات** في **انتزاع أقوال المتهم**

كما أشرنا إليه على أنه يحضر كل موظف أو مستخدم يمارس أو يأمر بممارسة التعذيب ومن ثمة وجب على القاضي أن يراعي بصحة أقوال المتهم أثناء الجلسة ما يلي:

1- عدم وقوع التعذيب على المتهم سواء كان إيذاء بدنيا بجانبيه المادي أو النفسي ويندرج تحت صور التعذيب الضرب والجرح والحبس والحرمان من الطعام أو النوم.

2- أن يكون الموظف أو المستخدم أو المحقق قد مارس التحقيقات دون أي اعتداء.

3- عدم توافر القصد الخاص، وهو حمل المتهم على الاعتراف (في كثير من الأحيان يضطر الشخص البريء إلى الاعتراف بغية التخلص من الآلام التي يتعرض لها).

4- التأكد من عدم إرهاق المتهم بالاستجوابات المطولة.

5- عدم استعمال الإكراه المعنوي بكل صوره كالتهديد، تحليف المتهم اليمين، خداعه.

وإذا تخلف شرط المتهم بحرية الاختيار، وجاء اعترافه غير صادر عن إرادة حرة وواعية فإن ذلك يرتب البطلان المطلق لارتباطه بفكرة النظام العام، فضلا على ذلك فقد يرتب القاضي جزاءات أخرى كالتعويض الذي يلزم مرتكب الإخلال بالحرية بدفعه تبعا للمادة "108" من ق.ن.ع، إضافة على الجزاء الجنائي المنصوص عليه ضمن المادة "110 "مكرر الفقرة الثالثة والخاصة بجريمة التعذيب.

كما يشوب البطلان أي إجراء من إجراءات التحقيق إذا كان اعتراف المتهم وليد هذا الإجراء الباطل فإن البطلان يمتد على هذا الاعتراف، وبمراعاة القاضي لهذه الإجراءات يرقى بالمركز القانوني للفرد باعتباره شخص من أشخاص القانون الدولي.

أما فيما يتعلق بالإجراءات الجزائية و العقوبات المتبعة ضد الحدث الجانح, فإن القاضي قد التزم بتلك المعاملة المنصوص عليها في القواعد النموذجية الدنيا لإدارة قضاء الأحداث بموجب قواعد بكين لعام 1985 , و كذا مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث أو ما يعرف بمبادئ الرياض لعام 1990, كما التزم القاضي بحماية الحدث في حالة تعرضه لجريمة من جرائم القانون العام.

المبحث الثالث: ضابط الالتزام الحد الأدنى للمعاملة.
(دور قاضي تطبيق العقوبات)

إذا ما انتهت الدعوى الجنائية بالإدانة، وارتدى المتهم ثوب المحكوم عليه، ودخـل مرحلة التنفيذ، فلابد أن يدخل محبسه وحوله قواعد الأدنى لمعاملة السجناء باعتباره إنـسانا قد سلبت حريته ولكن لم تسلب إنسانيته، فكل ابن آدم خطاء وخير الخطائين التوابون.

فواقع السجون يتنافى مع أدنى قواعد الحماية، ويحتاج إلى وقفة حاسمة وصريحة حتى يمكـن توفير ما هو معترف به دوليا في هذا الشأن لماله من صلة وثيقة بشرعية العقاب.

ومن ثمة وضع المجتمع الدولي قواعد ومبادئ لتحقيق هذه الحماية، مما يمكن اعتبـاره كمعيار لمدى التزام الدول بتوفير هذه الحماية للسجون وهذا حفاظا على التوازن النفـسي والأخلاقي له، إلا أن اختلاف الأنظمة و الإمكانيات المادية قد تحول دون تحقيق هذا الحد الأدنى.

غير أن معظم التشريعات[1] كلفت بمراقبة تنفيذ العقوبات إلى قاضي تطبيق العقوبات وما ذهب إليه التشريع الجزائري مسايرا في ذلك التشريعات الأوروبية بما في ذلك التشريع الفرنسي، كما سنتطرق إلى بيانه في هذا المبحث.

(1)- GF. L’article 709-1 du code de procédure pénal Français, Malherbe ; Le Juge de l’application des peines

- Novelli « Le code pénal Italien de 1930 et l’institution de Juge de surveillance » Aussi ART 144 et 148 du code pénal Italien

المطلب الأول: اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات

بعد أن أقر المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في 31 ديسمبر 1957 بقرار رقم 663 ج و رقم 2076 المؤرخ في 13 ماي 1977 وهذا تجسيد للقواعد النموذجية لمعاملة السجناء التي أصدرها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في دورة جنيف GENEVE عام 1955 وتطويرا لها، والذي ألزم جميع الدول إلى الامتثال لمحتوى "94" قاعدة فيما يتعلق بالجزاءات وإخطار المسجونين و الاهتمام بهم كأناس، طبقا لما أملاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والى النظام القانوني الذي يعتبر ركيزة أساسية في وضع ميكانيزمات للمراقبة ومن ثم تحقيق حماية لحقوق المساجين.

ومن هنا يثار التساؤل عن هذا النظام القانوني و الاختصاصات الممنوحة لهذا القاضي في ظل الالتزام بضابط الحماية؟.

الفرع الأول: اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات

جاء التشريع الجزائري مسايرا لمعظم التشريعات العالمية فأسند مهمة مراقبة تنفيذ العقوبة ومراقبة معاملة السجناء إلى قاضي تطبيق العقوبات. فأقر على وجود في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي، قاضي واحد أو أكثر لتطبيق الأحكام الجزائية لمتابعة تنفيذ العقوبات، وضمان تفريدها، ومعاملة المساجين، ومراقبة شروط تطبيقها (المادة "07" من قانون تنظيم السجون).

بالإضافة إلى دلك يقوم بمراقبة الو رشات الخارجية، ويرخص للمستفيد من الإفراج المشروط[1] بالتنقل من مكان الإقامة المحددة له بالإفراج، كما له إعطاء وإبداء رأي للجنة الاستشارية لتعديل إجراءات الحراسة والمراقبة.

(1)- المرسوم 72-37 المؤرخ في 1972/02/10 المتعلق بإجراءات تنفيذ المقرارات الخاصة بالإفراج المشروط (المادة 22 منه)

أولا: إختصاصته في البيئة المغلقة

1- سلطة الاقتراح:

يلعب قاضي تطبيق العقوبات دورا هاما خاصة بوصفه رئيس لجنة الترتيب و التأديب، ويقترح على وزير العدل وضع المساجين في ورشات خارجية في المؤسسات ذات البيئة المفتوحة،والحرية النصفية طبقا لنص المادة "175" من قانون تنظيم السجون، كما يمنح عطلة مكافأة لمدة 15يوم للمحكوم عليهم الذين أحسنوا عملهم و ينظم مراكز العطل أو وضع الأحداث في مخيمات العطل الصيفية (المادتين "118"و "138" الفقرة 02 من ق.ت.س) وفي الأخير الإفراج المشروط الذي يعتبر امتياز.

2- سلطة المراقبة:

شارك قاضي العقوبات بشكل فعال في مراقبة المشاكل الخطيرة التي تمس النظام والأمن والتدابير التأديبية داخل السجن (المادة "70" من ق.ت.س)، ويحقق شروط تنفيذ العقوبات السالبة للحريات ويراقب نشاط المربين الاجتماعيين ومدير السجن (المواد" 79 "إلى" 85" الفقرة 02، "93" من ق.ت.س).

ثانيا: الاختصاصات في البيئة المفتوحة

1- سلطة اتخاذ القرار:

لا يتمتع قاضي تطبيق العقوبات بأية سلطة في اتخاذ القرارات في البيئة المفتوحة ودلك لعدم وجود نظام الاختبار " LE SURSIS AVEC MISE A L'EPREUVE "(1).

(1)- Le comité post-pénal ou le service avec mise a l'épreuve prévus a l'article R 58 et R59 du code pénal Français

2- سلطة المراقبة:

يسهر قاضي تطبيق العقوبات على تتبع الإجراءات المفروضة كما يمكـن لـه أن يقتـرح تعديلات أو إلغاءها في حالة ما إذا كان سلوك المحكوم عليه يكون ضمان كافيا .

الفرع الثاني: النظام القانوني لقراراته

أولا: من الناحية الشكلية (المعيار الشكلي)

لقد نظم قانون السجون وظيفة قاضي تطبيق العقوبات وأعطى لقراراته صبغة إدارية محضة.

ثانيا: من ناحية النظام الهيكلي

إن معظم القرارات التي تفيد المعاملة العقابية سواء في البيئتين، يتخذها وزير العـدل وبالتالي فان مراقبة تنفيذ العقوبات نقلت من سلطة قاضي تطبيق العقوبات .

ثالثا: من الناحية الإجرائية

نجد أن القرار القضائي يتصف بتنظيم مرافعة حضورية، ونشر القـرار، وفي هـذا الإطار فإن قرارات قاضي تطبيق العقوبات أو وزير العدل لا يمكن نشرها، والمحكوم عليـه يبقى تحت الإدارة التعسفية بدون تسبيب (خاصة في مجال الحرية النصفية)، مع عدم الـنص عن إمكانية الطعن في حالة الرفض، على عكس المشرع الفرنسي الذي حسم الأمر وأصبح المسجون يتمتع بكل الحقوق بما فيه حق الطعن لصالح القانون عند انتهاكها مـن طـرف القاضي أو الإدارة العقابية.

أهم الانتقادات الموجهة إلى النصوص المتعلقة بتنظيم اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات

من خلال قراءتنا لمجمل النصوص المتعلقة بتنظيم مهام و اختصاصات قاضي تطبيـق العقوبات نجدها في حد ذاتها لا تشكل له الإطار المرجعي والضمان الكافي لحماية حقـوق المساجين، وهي بذلك تخالف قواعد الحماية في حدها الأدنى ومن بداية البداية ومن جملـة هذه الانتقادات نذكر مايلي:

1- إن تعيين قاضي تطبيق العقوبات يكون بموجب قرار من وزير العدل، بل أكثر من دلك جواز في حالة الاستعجال أن ينتدب من قبل النائب العام الواقع في دائرة الاختصاص الإقليمي، وحسب رأينا فان التعيين كان من الأجدر أن يتم بموجب مرسوم رئاسي وهدا تجسيدا وضمانة أكثر لممارسة مستقلة بعيدة عن كل أشكال الضغوطات والتبعية التدرجية.

2- عدم نص المشرع على معايير التعيين، فحسب الجانب التطبيقي فإن قاضي تطبيق العقوبات لا يختار تبعا لمعايير وإنما يكون مكره لهدا الاختيار، وحسب رأينا ضرورة أن يختار قاضي تطبيق العقوبات من دوي الاختصاص في علم الإجرام وحقوق الإنسان، بغية تفهم نفسية المساجين والمحافظة على سير المؤسسة[(1).(2)]

3- مشاركة مدير المؤسسة العقابية في اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات، خاصة فيما يتعلق بإجراءات التأديبية مما يجعله مقيد في سلطة اتخاذ القرار بمحض إرادته (ماعدا فيما تعلق الأمر بعقوبة العزل لمدة لا تزيد عن 45 يوما، المادة " 69" ق.ت.س).

4- قراراته لها صبغة إدارية محضة وهدا ما يمس باستقلاليته، بل الأدهى من ذلك أن معظم القرارات التي تفيد المعاملة العقابية سواء في البيئتين المغلقة أو المفتوحة يتخذها وزير العدل وبالتالي فهو لا يتمتع باستقلالية ومن ثم لا يتمتع بثقة المجتمع.

5- لا يمكن نشر قراراته، والمحكوم عليه يبقى تحت تعسف الإدارة العقابية ودون أي تسبيب، ومن ثم لا يمكن الطعن في قراره في حالة الرفض، وبالتالي نرى على المشرع ضرورة تبني حلول ونصوص فعالة تحقق استقلالية أكثر فأكثر لقاضي تطبيق العقوبات، ووضع تصور كامل بما يتسم مع نطاق الحماية في حدها الأدنى.

---

(1)- Spanistas Plawski « Le contrôle Judiciaire de l'application des peines en droit comparé »,Rev. Internationale. D.C 1973, p 385

(2)- CF, Nasarounzo, « Le contrôle de l'exécution des sanctions pénales en droit Algerien », Juris, N° 39 et 40, Ed, LGDJ ; Paris , 1991.

المطلب الثاني: الحقوق الموضوعية للسجين

إن سلب الحرية لها هدفين متلاحقين، التربية الأخلاقية للمسجون وتوعيته بـادراك معنى مسؤوليته، بالإضافة إلى تربيته المهنية بغية يئه للتأقلم، فمن جهة فإن المسجون يترتب عليه واجب الالتزام بالنظام والأمن العام، ومن جهة أخرى يتمتع بحقوق نادت ا مبـادئ محتوى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 وكذلك في قواعد الحد الأدنى لمعاملـة المساجين، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وبالتالي فان المسجون يتمتع بالمعاملـة الإنسانية والتأهيلية في ا تمع وبالتالي وجب إعلامه بكافة حقوقه و واجباته داخل المؤسسة ابتداء من دخوله، فما هي هده الحقوق الموضوعية التي أقرها المشرع؟ وما واقعهـا مـن الناحية العملية؟.

لقد اعترف المـشرع الجزائـري بـالحق في الـصحة والمراسـلات والزيـارات والعمل ، ويمكن تحديدهما في فئتين أساسيتين وهمـا الحقـوق الـشرعية المعتـرف ـا دوليا، والحقوق الاجتماعية المعترف ا نسبيا حسب السياسة العقابية لكل بلد.

الفرع الأول: الحقوق الشرعية

يقصد ا الحقوق المنصوص عليها في التشريع الوطني طبقا بما نصت عليها الاتفاقيات والإعلان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المصادق عليها.

أولا: الحق في الصحة الشخصية

وهو حق نص عليه الدستور الجزائري[1] والقواعد العامة للنظام الداخلي للسجن[2]، فعنصر الحماية الصحية للسجين ضروري لاعتبارات متعلقة بالأخلاق والقانون وباعتبـاره إنسان[3]

(1)- المادة 1/67 من دستور 1976, المادة 51 من دستور 1989, المادة 39 من دستور 1996.

(2)- قرار 1972/02/23 المتعلق باستفاد المساجين (المادة 1 إلى 10) و المادة 43

(3)- المادة 240 من قانون تنظيم السجون

والحقيقة التي يجب أن نتفق عليها أن المسجون وفرت له كل التسهيلات الضرورية، كتحتيم على الإدارة العقابية أن تقوم بالكشف الدوري على كل مسجون لتفادي انتـشار بعض الأوبئة والفيروسات الفتاكة (السيدا).

كما يتم تزويد السجين بأدوات النظافة اللازمة فيما يخص الملبس والفراش بتناسب الطقس.

ثانيا: حق الزيارة والمراسلة

لقد استمد المشرع أحكام هدا الحق من المادة "37" من قواعد الحـد الأدنى الـتي تسمح للمسجون بالاتصال بالعالم الخارجي عن طريق الزيارة والمراسلات مـن ذويهـم، ورجال الدين حتى وان كانوا من ديانات أخرى.

أما المراسلات فهي خاضعة للمراقبة من طرف حراس السجن، ماعـدا المراسـلات المغلقة الموجهة إلى محامي المسجون، ومن الملاحظ من الناحية التطبيقية أن هدا الحق يبقـى مكرس على أرضية الواقع وهدا للحفاظ على الروابط العائلية.

ثالثا: الحق في الثقافة

تعتبر الثقافة من أهم الحقوق المخولة للمسجون لأ ا تربطه بالعالم الخارجي، و ـذا يخرج من دائرة العالم المغلق، إذ أصبح يطلع على جميع الصحف الوطنيـة والمـستقلة دون استثناء وا لات المرخص ا، كما أن له الحق في الاستفادة من الوسائل السمعية والبصرية فضلا عن متابعة التعليم حسب مستواه سواء في البيئة المغلقة أو في إطار الاسـتفادة مـن الحرية النصفية، كما يمارس الرياضة والترفيه.

رابعا: التغدية

يجب على إدارة السجين أن تزود المحبوس في الأوقات المعتادة بالطعـام دي القيمـة الغذائية كافية للمحافظة على صحته وقوته و الشيء الإيجابي أن الوجبة الغذائية بالنسبة

للسجين الجزائري أضحت تفوق 60 دج[1]، غير أن هدا الحق لم يصل إلى الحد المعقول مما يدعو إلى تكثيف الجهود من طرف الجهة الوصية.

الفرع الثاني: الحقوق الاجتماعية

تتمثل هذه الحقوق في حق العمل أو الضمان الاجتماعي الذي يستفيد منـه جميـع المساجين الخاضعين للعمل ماعدا المكرهين بدنيا، والمساجين إلا بناءا على طلبهم.

ومن ثم فإننا ندعو إلى تكريس وتشجيع عمل السجين وهذا ليرقى إلى درجة الاكتفاء بمـا يدور بالنفع، غير أن الملاحظ في الجزائر رغم الإمكانيات البشرية والاقتـصادية المتـوفرة للإدارة العقابية لم تستغلها بشكل معقول وفعال.

المطلب الثالث: الحقوق الشخصية للسجين

تعتبر هذه الحقوق لصيقة بالشخص المسجون يتمتع ا حسب السياسة المطبقـة في كل بلد من أجل ذلك وجب تدخل قاضي تطبيق العقوبات لحماية وضمان هذه الحقـوق في المؤسسة العقابية.

1- الحق في الشكوى:

يحق للمسجون أن يقدم شكوى عندما يتعرض للاعتداء داخل الـسجن إلى مـدير المؤسسة، وفي حالة عدم الرد يحق تقديمها إلى قاضي تطبيق العقوبـات أو إلى الأشـخاص المخول لهم زيارة المؤسسة العقابية(2).

أما الحقوق المدنية فهي ليست مجسدة على أرض الواقع ان لم نقل أ ا شبه منعدمة، فهي تحتاج إلى تطوير أكثر فأكثر وفي دلك يجب على الجزائر أن تنتـهج مـسار الـدول المتقدمة كفرنسا لإعطاء أكثر ضمانة لحقوق السجين.

(1)- انظر إلى تقرير ا لمس الاقتصادي و الاجتماعي حول تقرير أعده بشأن التغذية في السجون الجزائرية و مشكلة عدم كفاية الاعتمادات المالية

(2)- انظر المواد 221 إلى 222 من القانون العام الداخلي للسجون و كذلك المادة 3/63 و 4 إلى 5 من قانون تنظيم السجون

أهم الاقتراحات التي تساهم في ترقية قواعد الحد الأدنى للسجين في نظامنا الداخلي

أرى من باب الإعمال أن تكون رسالتي بمثابة أول بلاغ إلى السلطات المختصة والقائمين على إدارة المؤسسات العقابية، فكان من اللزوم على المشرع إعادة النظر فيما يلي:

1- من الثابت شرعا وقانونا أنه لا يجوز حرمان الزوج الغير محكوم عليه من الاتصال بزوجه إذا رغب في دلك طوال فترة حبسه، متى كان هناك مكان خال في السجن يخلو ا، وفي ذلك محافظة على صحة السجين ونفسيته وحفاظا عليه من الاستمناء واللواط أو الشذوذ الجنسي، وكما يكون هدا الحكم للزوج يكون للزوجة أيضا إدا كانت هي المسجونة.

ومن هنا وجب التنويه إلى أن ممارسة هدا الحق لا يكون إلا برضا الزوج الغير محكوم عليه (لا بإلزام شرعي ولا قانوني ولا قضائي) وهو ما يعرف بحق السجين في الخلوة الشرعية بزوجته والذي تبنته معظم التشريعات وعلى رأسها المملكة العربية السعودية، دولة الكويت، وهو مالم يقره المشرع الجزائري في قوانينه الداخلية.

2- إلى جانب دلك يطرح مشكل اكتظاظ عائق كبير إلى درجة تحمل المؤسسة إلى خمسة أضعاف قدر ا وهو انتهاك لما يحدث داخل الزنزانات من مفاسد يصعب حصرها ويستحي القلم أن يعبر عنها، إذ يجب اتخاذ حلول سريعة للحد من هدا المشكل.

3- أما فيما يتعلق بنفقات السجين النقدية داخل السجن، وفي غياب إحصائيات أمكن القول أن السجين الجزائري قادر على الإنفاق، وهم الكثيرون من بين نزلاء السجن فالدولة هي التي تتحمل نفقات الإقامة على عكس أغلب الدول خاصة الغربية منها، التي يدفع فيها السجين نفقات إقامته وغدائه وملبسه وعلاجه، وبالتالي يحصل على خدمة نظيفة وغداء صحي، فلما يكون الحال عندنا .

4- على المشرع تبني العمل من أجل المنفعة العامة " TRAVAIL D’ INTERET GENERALE " دف تجنب اكتظاظ السجون من جهة، ومن جهة أخرى المساهمة في إنجاز مشاريع يستفيد منها ا تمع ودون ما تكلف لخزينة الدولة، فضلا عن إعادة إدماج بطريقة سهلة في ا تمع خاصة المتزوجين، وهدا لا يكون إلا لفائدة مرتكبي بعض الجنح دون غيرها[1].

5- تفعيل الحق المدني للسجين أكثر فأكثر كحق الانتخاب بالوكالة أو المراسلة لاختيار رئيس البلدية، كما له أن يدير نشاط أمواله (عن طريق الإنترنت) لضمان معيشة أولاده المعرضين للخطر، مع إمكانية عقد قرانه في السجن.

6- على المشرع أن يتبنى ما أقره المشرع الفرنسي، ضرورة إحداث محكمة خاصة لضمان الحقوق الشخصية للسجين في حالة الاعتداء عليه (المادة " 733" الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي).

7- إقامة ورشات خارجية وذلك بتعاقد وزارة العدل مع مختلف الوزارات لتوفير مناصب عمل و تكوين للمساجين ومن ثم إعادة إدماجهم بطريقة غير مباشرة.

8- ومن بين النتائج الإيجابية ذلك المرسوم الذي أحدث مديرية لإدارة السجون، والأخصائيين في علم النفس الملحقين بإدارة السجون، وتنظيم كتابات الضبط القضائية بالمؤسسات العقابية والأخرى بأمنها الداخلي، إحداث مكتب وطني للأشغال التربوية، ولجنة التنسيق لترقية لإعادة تربية المساجين وتشغيلهم، وإحداث خلية لحقوق الإنسان على مستوى وزارة الشؤون الخارجية، وكذا اللجنة الاستشارية لترقية حقوق الإنسان، فضلا على وقف العمل بعقوبة الإعدام.

(1)- راجع فحوى الأسبوع الدراسي الذي نظمه المعهد الوطني للقضاء لقضاة تطبيق العقوبات, ما بين 21-27 فيفري

تجدر الإشارة إلى أن السيد رئيس الجمهورية كان قد وجه دعوى لعدة منظمات, فكانت زيارة وفد عن منظمة العفو الدولية للجزائر ابتداء من 2000/05/02 لخير دليل على احترام حقوق السجين, بالإضافة إلى إعداد مقترح جديد بشأن تعديل قانون

تنظيم السجون و إعادة التربية, تبين انتهاج الجزائر لسياسة عقابية متطورة تسعى من خلالها إلى حماية أفضل للسجين[1].

لقد أبرمت الجزائر و منظمة الأمم المتحدة برنامج عمل يمتد مداه إلى خمس سنوات يهدف إلى عصرنة العدالة. و في لقاء نظم في فندق الجزائر حضره 80 سفيرا معتمد بالجزائر كشف من خلاله السيد وزير العدل حافظ الأختام و ممثل منظمة الأمم المتحدة السيد " باولو لامبو " أن البرنامج[2] يهدف أساسا إلى:

- تعزيز القدرات المؤسساتية لقطاع العدالة.
- اللجوء إلى مصادر المعلوماتية القانونية.
- تطوير قدرات وزارة العدل.
- تحسين ظروف إقامة المساجين.
- المساعدة التقنية لإعادة تأهيل و إدماج المحكوم عليهم.
- مساعدة الجزائر على إنجاز مركز لتدريب و تشغيل السجناء بطاقة استيعاب تقدر ب 2000 سجين (بالجنوب الجزائري)

(1)- انظر الارسالية المؤرخة في 2002/08/20 تحت رقم 220 المتظمنة اباء اقتراحات بخصوص مشروع تعديل قانون تنظيم السجون و إعادة التربية

(2)- موسوعة الفكر القانوني, ص 122, العدد الثاني, دار الهلال.

كما هو معروف فقهيا و قانونيا, فإن جل الدول تعتمد على سلطات ثلاثة؛ تشريعية, تنفيذية و قضائية, و إذا كان الدستور هو الذي يحدد كيفية الوصول إلى السلطة فإنه عادة ما يعمل على خلق توازن بين الجهاز التشريعي و التنفيذي فيما يتعلق بالسلطات التي يتمتع بها كل جهاز, و فيما يتعلق كذلك بالرقابة المتبادلة بين الجهازين.

حيث أن الجهاز التنفيذي هو أخطر أجهزة الدولة على حقوق و حريات الأفراد نظرا لطبيعته و وظيفته و ما لديه من امتيازات على خلاف الجهاز التشريعي الذي يقوم عامة و مجردة مما يقضي على أعماله صيغة الحياد.

و إذا كان كل جهاز في الدولة مطالب باحترام مبدأ المشروعية الذي يعد ضمانا أساسيا للأفراد, فإن حماية حقوق الأفراد و رعايتهم في الدولة الحديثة تتطلب ترتيب جزاء على مخالف القانون.

هذا الجزاء يوقعه مبدئيا الجهاز القضائي باعتباره الحامي لحقوق الأفراد و حرياتهم, إلا أن التساؤل المطروح في هذا الصدد و قبل الوصول إلى ذلك الجزاء الذي يعد نتيجة لمخالفته مبدأ المشروعية و تتمثل في معرفة هل أن السلطة وفرت الضمانات الضرورية لممارسة هذه الحقوق, و هل انعدام هذه الضمانات يؤدي بالضرورة إلى انعدام هذه الحقوق التي نص عليها الدستور ؟ أم يجب أن توجد بالإضافة إلى ذلك ضمانات أخرى ؟ و ما هي الوسيلة القانونية التي يكرسها القاضي لحماية الضمانات ؟

المطلب الأول: تأثير تطور القضاء الإداري الجزائري على حماية الحريات

لقد لعب النظام القضائي الجزائري[1] دورا كبيرا في تفعيل و حماية حقوق الأفراد لما تقوم عليه الدولة الحديثة و مقتضاه بخضوع الدولة بمفهومها الواسع و في جميع تصرفاتها للقانون القائم لتمكين الأشخاص بالوسائل المشروعة من رقابة الدولة في أداء وظائفها يكون ردها إلى جادة القانون كما كان لها أن تخرج على هذه الجادة عن عمد و إهمال.

لذلك أوجد نظام جديد و هو نظام الازدواجية القضائية بهيئة قضائية متخصصة بحل النزاعات الإدارية و هي مستقلة عن الهرم القضائي العادي, فما هي عناصر هذا النظام ؟ و ما هي الاختصاصات التي يخولها للقاضي الإداري من حيث الاختصاص و التنظيم لحماية الأفراد ؟

الفرع الأول: نظام ازدواجية القضاء الجزائري و عناصره

يختلف نظام ازدواجية القضاء عن نظام وحدة القضاء من حيث التنظيم و الاختصاص و من حيث الإجراءات المتبعة و هو بذلك يعتبر نظام ذو رقابة فعالة للرقابة على أعمال الإدارة بل و تكون أكثر فعالة إذا ما وجد قاضي إداري متمكن و قانون إجرائي واضح و دقيق, مما يحقق أكثر حماية للحقوق و الحريات الأساسية[2]

أولا: عناصر نظام ازدواجية القضاء الجزائري من حيث التنظيم و الاختصاص

يرتكز هذا النظام من حيث تنظيمه و مجال اختصاصه على العناصر التالية:

1- وجود هرمين قضائيين: و يتشكل الهرم الأول من الدرجات القضائية و يسمى بالقضاء العادي (Juridiction de l’ordre judiciaire ou juridiction de droit commun) و يختص هذا القضاء بالنزاعات العادية, المدنية, التجارية و بصفة عامة بكل النزاعات التي ليس لها طابع إداري[3]

---

(1)- أ. رشيد خلوفي : تنظيم و اختصاص القضاء الإداري, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, ص 58.

(2)- د. سليمان محمد الطاوي: الوجيز في القضاء الإداري, دار النشر و التوزيع, القاهرة, الطبعة الثالثة, ص 125.

(3)- د. رشيد خلوفي, المرجع السابق:إن تم التوزيع بصفة مطلقة بحيث يختص القاضي العادي بصفة استثنائية ببعض النزاعات التي لها طابع إداري بحكم وجود الإدارة كطرف فيها

أما الهرم الثاني فيتشكل من الهيئات أو الدرجات القضائية الفاصلة في النزاعات الإدارية و هو ما يعرف بالهرم القضائي الإداري.

2- الوضعية الخاصة للقاضي الإداري: و يتمتع القاضي في هذا النظام بوضع يميزه عن القاضي العادي من حيث النظام القانوني و التكوين فتكوينه يتركز أساسا على مواد القانون العام.

3- وجود هيئة قضائية تنظر في مسائل تنازع الاختصاص بين الهرمين: يؤدي وجود هذين الهرمين المنفصلين و مجال غير محدد بينهما إلى نزاعات تدور حول اختصاصها النوعي[1] و بالتالي لضمانة أكثر لحقوق الأفراد توجد هيئة قضائية تفصل أساسا في هذه المسائل.

و ما يلاحظ عن هذا النظام مبادئ كرست لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم و من بين هذه المبادئ:

أولا: مبدأ سيادة القانون

و يتحقق هذا المبدأ في وجود هيئة قضائية تطبق القانون الذي يخضع الدولة بمفهومها الواسع و في جميع تصرفاتها للقانون و ذلك بغية تمكين الأفراد بالوسائل المشروعة من رقابة الدولة في أداء وظيفتها, سواء كانت هذه التصرفات مكتوبة أو غير مكتوبة.

ثانيا: مبدأ المساواة أمام القانون

يقوم هذا النظام على أفكار و الذي يجعل من الفرد موضوع اهتمامه و غايته, و تكريس هذا المبدأ خضوع كل الأشخاص (معنوية, طبيعية, خاصة أو عمومية) على قدم المساواة إلى قانون واحد دون أن يستفيد أي طرف من أي امتياز أو حماية قانونية[2]

---

(1)- أ. رشيد خلوفي : المرجع السابق, توجد ثلاث أنواع من التنازع: تنازع الاختصاص الايجابي- تنازع الاختصاص السلبي- تناقض القرارات القضائية الصادرة عن المجرمين

(2)- د.عوابدي عمار: دروس في القانون الإداري.

ثالثا: مبدأ الفصل بين السلطات

و يعني هذا المبدأ و يتجسد في استقلال السلطات الثلاث في أداء مهامها المحددة, أي أن السلطة القضائية مثلا تمارس الوظيفة القضائية دون سواها, و يمنع على السلطات الأخرى التدخل في مجال القضاء فإن مبدأ الفصل بين السلطات (Réparation des pouvoirs) يكمن من حيث المجال القضائي إلى استقلال القاضي الإداري, و هو ما يعد بمثابة ضمانة أخرى كفيلة للحريات العامة[1]

الفرع الثاني: تطور توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية

خص تطور قواعد توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية الجانب النوعي و الجانب الإقليمي و هو ما يجسد أكثر فأكثر حرص القضاء الإداري على مراعاة و حماية حقوق الأفراد.

أولا: الاختصاص النوعي

كان التوزيع القائم قبل 1990 متميز بنوع من البساطة, فقد أظهر فشله بسبب احتكار المحكمة العليا لكل الدعاوي المتعلقة بمراقبة تطبيق مبدأ المشروعية أي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة[2]

و سبب هذا الاحتكار تراكم معتبر لمجوعة من القضايا أمام المحكمة العليا و حرم إلى حد كبير المتقاضي من ضمانات التقاضي على درجتين.

و في سنة 1990 أصدر المشرع القانون رقم 90-23 المؤرخ في 1990/08/18 أدخل بعض التغيرات التي مست بعض الجوانب الإجرائية من بينها توزيع الاختصاص, و نتج عن ذلك التغير مشاركة الغرف الإدارية للمجالس القضائية للمحكمة العليا في النظر في دعاوي الإلغاء و دعوى التفسير و دعوى فحص المشروعية, و هو ما عد بمثابة إعادة تكريس مبدأ التقاضي على درجتين.

---

(1)- د. رشيد خلوفي: المرجع السابق, ص 123.

(2)- د. رشيد خلوفي: المرجع السابق, ص 128.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

حقق تطور مجال الاختصاص الإقليمي في ازدياد عدد الجهات القضائية الفاصلة في النزاعات الإدارية, بعدما كان مستقرا في إطار الأمر رقم 66-161 المؤرخ في 1966/06/08 المتعلق بتسيير المجالس القضائية و المحاكم بحيث أصبحت المحاكم الإدارية الثلاث غرف إدارية لدى مجلس قضاء الجزائر, وهران و قسنطينة ثم ارتفع هذا العدد إلى عشرين غرفة بموجب المرسوم رقم 86-107 المؤرخ في 1986/04/29 ليحدد القائمة و الاختصاص الإقليمي للمجالس التي تفصل في إطار المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

ثم وصل هذا العدد إلى 31 غرفة إدارية بموجب المرسوم رقم 90-407 المؤرخ في 1990/12/12

و بقي هذا العدد في عدد المحاكم الإدارية التي أنشأها المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 1998/11/14[1] المحدد لكيفية تطبيق القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

و ما يلفت الانتباه في التطور في مجال الاختصاص الإقليمي هو تناسب الجهات القضائية الإدارية و التقسيم الإداري للبلاد.

و لكن الانتقاد الذي نوجهه و حسب رأينا أن هذه الطريقة غير ملائمة لأن التقسيم الإداري يجب أنم لا يأخذ بعين الاعتبار التركيز على عنصر تعريب العدالة من المتقاضين فقط و لكن أيضا تنشيط الإجراءات, و كذلك من حيث نوعية و طبيعة النزاعات الإدارية[2]

(1)- الجريدة الرسمية رقم 85 لسنة 1998.

(2)- لا يفوق عدد المحاكم في فرنسا 25 فيما عدد المحافظات هو 92 على عكس التقسيم الإداري الجزائري.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لهذه الحماية

الفرع الأول: الدستور كأساس قانوني للحقوق و الحريات العامة

إلى جانب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهدين الدوليين فإن الدستور اعتبر من بين الأسس التي تضمن الحماية القانونية للحقوق و الحريات العامة.

قد نص دستور 1996 في مادته "29" على أن " كل المواطنين سواسية أمام القانون" و هو كذلك ما أقرته المواد"32", "34", "41","42".

و تدعيما لهذه الحماية جسد دستور 1996 تنظيم قضائي جديد حيث أشارت المادة "152" منه إلى مجلس الدولة و جهات قضائية إدارية كهرم قضائي إداري بجانب القضاء العادي و بالتالي تكريس مبدأ الازدواجية القضائية بصفة واضحة.

و قد أكد رئيس الجمهورية(1) على طبيعة هذا النظام عند تنصيب مجلس الدولة بتاريخ 1998/06/17 حيث قال وجه الخصوص: " إن ازدواجية القضاء المكرسة الآن في نظامنا القضائي..... و أن مجلس الدولة بصفته جزء لا يتجزأ من السلطة القضائية "

و برجوعنا إلى المادة "152" من دستور 1996 و جرد ثلاث عينات قضائية:

1- المحكمة العليا كهيئة مقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم.
2- مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.
3- محكمة الشارع كهيئة قضائية تفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا و مجلس الدولة.

و هو ما يكرس تدعيم حقوق الأفراد و حرياتهم في النظام القضائي الإداري بل ما يزيد ذلك كضمانة هو انتهاء القضاء الإداري للسلطة القضائية و قد أكدت ذلك المادة "2" من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية (ج ر رقم 37 لسنة 1998).

(1)- نص الكلمة التي ألقاها رئيس الجمهورية بهذه المناسبة منشورة في جريدة "الشعب" ليوم الخميس 1998/06/18.

و كذلك ما نص عليه القانون العضوي رقم 98-01 في المادة "40" أن الإجراءات الواجب إتباعها أمام مجلس الدولة تخضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية و هو ما يشكل عنصر تبسيط الإجراءات و ضمانة دستوريته بحق.

و تبرز فحوى دور القضاء الإداري من خلال كلمة رئيس الجمهورية(1):

* تمكين المواطن من اللجوء إلى العدل بشكل أفضل خاصة ما يتعلق بالدعوى المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية.
* السعي إلى دعم فعالية عمل العدالة بتبسيط شروط التقاضي لمعالجة سريعة و نوعية الدعاوي في آجال معقولة.
* المساهمة في إبراز ثقافية قانونية الشرط الأساسي لتوطيد أركان دولة القانون.

الفرع الثاني: مبدأ سيادة القانون كأساس قانوني

و يقضي مبدأ القانون أن تكون جميع تصرفات و أعمال الإدارة في حدود القانون بمداولة العام أي جميع القواعد الملتزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة و أي كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها(2) " الدستور, القانون العادي, اللائحة, القرار الفردي" و أيا كان نوع تصرف الإدارة سواء كان عملها قانونيا أو ماديا مع الملاحظة أن مبدأ السيادة يقصد به المشروعية أو سيادة حكم القانون مستقل عن شكل الدولة مهما كان نظامها ما دامت تخضع للقانون, و لهذا تحرص الدولة على النص في دساتيرها على هذا المبدأ تحت صيغ مختلفة أو ألفاظ كما هو الحال في الجزائر فنص دستور 1996 على هذا صراحة.

(1)- نشر النص الكامل لهذه الكلمة في جريدة " الشعب " ليوم الخميس 1998/06/18 و جريدة " المجاهد " باللغة الفرنسية لنفس اليوم.
(2)- د. سليمان محمد الطاوي: المرجع السابق, ص 130

غير أنه نم إشكال يعيق القاضي في تطبيق هذا المبدأ بصفة مطلقة لذلك يقال بأن أعمال السيادة تعد نقطة سوداء في جبين مبدأ المشروعية, لأن أعمال السيادة هي أخطر امتيازات الإدارة على الإطلاق لأنها تخول لها إصدار قرارات لا تسأل عنها أمام أي جهة قضائية, فهي إذا استثناء من مبدأ المشروعية و ثغرة في نطاقه مما يؤثر على حقوق و حريات الأفراد بشكل متباين.

و كإشكال ثاني يواجه القاضي هو التوسع و عدم وجود معيار سياسي أو موضوعي للتعرف على أعمال السيادة و لذلك ظهرت ما يسمى بالقائمة القضائية تحدد هذه الأعمال و هي:

- الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية التشريعية.
- الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية أي الأعمال الدبلوماسية.
- الأعمال المتعلقة بالحرب.
- في بعض التدابير الخاصة بسلامة الدولة و أمنها الداخلي.

و تجدر الإشارة أن الدولة في نطاق هذه الأعمال لا تسأل عن أعمالها إلغاءا و لا تعويضا.

و حسب رأينا فلتجسيد دولة القانون في عهد التعددية الحزبية و لتجسيد استقلالية القضاء بشكل فعال وجب علينا انتهاج ما انتهجه المشرع الفرنسي(1) بإقرار التعويض عن مثل هذه الأعمال دون الإلغاء.

الفرع الثالث: التدرج القانوني كأساس للحقوق و الحريات العامة

يقصد بتدرج القواعد القانونية أن النظام القانوني في الدولة يشمل على العديد من القواعد القانونية, و هذه الأخيرة لا تكون في مرتبة واحدة و لا تتساوى في القمة و هو ما شكل بمصطلح الهرم القانوني المتكون من درجات متعددة المعاهدات المصادق عليها من

(1)- النظام الفرنسي تطور مفهوم السيادة و أعمال السيادة و أصبح بالامكان التعويض دون الإلغاء.

طرف رئيس الجمهورية على رأس هذا الهرم[1] ثم تليها في المرتبة الثانية الدستور, القانون الوضعي[2] ثم القانون العادي فالتنظيمات و القرارات الفردية, و في آخر الهرم نجد الأعمال المادية للإدارة و بهذا يتم خضوع كل قاعدة شكلا و موضوعا للقواعد التي تسمو عليها في المرتبة, فكل قاعدة في الهرم القانوني تكون مقيدة بما يعلوها.

و مبدأ تدرج القواعد القانونية تساعد القاضي الذي يقوم بالرقابة القضائية من التأكد من مدى مشروعية كل قاعدة قانونية, و ذلك بتحديد مرتبتها في الهرم القانوني و مدى احترامها لما يسمو عليها من قواعد قانونية, فإذا خالفتها أصيبت بعيب عدم المشروعية و يكون بذلك صون لحقوق الأفراد بشكل ناجع و فعال.

المطلب الثالث: رقابة القاضي الإداري على أعمال و قرارات الإدارة كضمانة للحقوق و الحريات

هي الرقابة التي تمارسها الجهات القضائية باختلاف أنواعها و درجاتها, و ذلك عن طريق تحريك دعاوى و طعون مختلفة ضد أعمال سلطات إدارية غير مشروعة كدعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة و دعوى فحص المشروعية و دعوى تغيير القرارات الإدارية و دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض)[3]

و دعوى الإلغاء هو ما يلجأ إليها الغالبية من الأفراد و يرفعها أمام القضاء الإداري يطلب فيها إلغاء قرار إداري مخالف للقانون, و بالتالي هي دعوى يكون بموجبها للقاضي الإداري سلطة فحص مشروعية القرار الإداري, و الحكم بإلغائه إذا ما تبين له أنه غير مشروع, فدعوى الإلغاء دعوى القانون العام يمكن أن توجه إلى أي قرار إداري دون حاجة إلى نص صريح في القانون, كما تمتاز بمرونتها التامة و تتطور باستمرار[4]

---

(1)- المادة 132 من دستور 1996

(2)- المادة 123 من دستور 1996

(3)- بوشهيدة خلوفي: مجموعة القرارات في القضاء الإداري, الطبعة الأولى, بدون ساة, ص 85

(4)- أ. أحمد محيو: المنازعات الإدارية, الطبعة الأولى, ترجمة د. فائز أنجق خالد, ص 45.

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في تعديل إجراءات الدعوى الإدارية

الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية تتميز بخصائص ذاتية تجعلها تختلف عن تلك الإجراءات التي تُتبع أمام الجهات القضائية العادية خاصة في النظام الجزائري:

أولا: استقلال الإجراءات

هذه الخاصية يتسم بها القانون الإداري إذ أن قواعده الإجرائية قواعد أصلية بذاتها و لأن قواعده الموضوعية ليست مستمدة من القانون المدني و هذه الإجراءات صاغها في الأصل مجلس الدولة الفرنسي انطلاقا من مبدأ التوفيق بين الضرورات الإدارية و حماية حقوق الأفراد, و عليه فإن القاضي الإداري يستمد القاعدة من واقع الحياة الإدارية, و ضرورات سير المرافق العامة مما يجعل للقاضي الإداري سلطات أوسع في تقرير الحماية لحقوق الأفراد.

ثانيا: الإجراءات الإدارية يوجهها القاضي

تمتاز الإجراءات الإدارية عن الإجراءات المدنية بأن القاضي الإداري هو الذي يحمل عبئ السير بها حتى نهايتها , فهو الذي يأمر بالسير في إجراءاتها و يأمر بالتحقيق إذا كان له موضوع, و يفحص الوثائق و الأوراق المقدمة و يقرر متى تعتبر الدعوى جاهزة للفصل و يصدر وسائل الإثبات, و أن الإجراءات التي يطلبها منه الخصوم أو يقترحها عليه تبقى له كامل الحرية في الإجابة عنها[1].

ثالثا: الإجراءات كتابية و سرية

تقدم الإجراءات الإدارية على الصيغة الكتابية فكل شيء يتم عن طريق المذكرات و عليه فالقاضي يوجه الإجراءات بالكتابة و يعد تقريره بناء على ذلك.

كما أن هذه الإجراءات تتسم بالسرية على غير الخصوم في الدعوى[2]

---

(1)- أ. بوشهيدة خلوفي: المرجع السابق, ص 60

(2)- د. أحمد محيو: المرجع السابق, ص 71.

رابعا: البساطة و الاقتصاد

البساطة في الإجراءات و ذلك للدور الايجابي الذي يلعبه القاضي الإداري فيجرد هذه الإجراءات من التعطيل أو إرهاق الخصم و الاقتصاد لأن التبليغ يتم بالطريق الإداري و الرسوم أقل نسبيا بالإضافة إلى أن دعوى الإلغاء بالذات قد أخضعها لبعض الشروط.

يضاف إلى كل ذلك المواعيد المقررة و ضرورة النشر كوسيلة للعلم بالنسبة للقرارات التنظيمية (اللوائح) و الإعلان (التبليغ) فيما يتعلق بالقرارات الفردية, ناهيك عن وسائل إطالة المدة بسبب القوة القاهرة, و طلب المساعدة القضائية, و رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة, و حالة الاستيلاء المادي.

دراسة تطبيقية

بالرجوع إلى دستور 1996 فإنه يقدس الملكية الفردية و يحميها, و لكن ما زاد التفعيل في القانون المدني لاسيما في المادة "679" التي تحيز و الاستيلاء المؤقت على الملكية الفردية من أجل ديمومة المرافق العامة, غير أن الدستور لم يحدد سوى طريقة واحدة تنزع بها الملكية نهائيا من أجل المنفعة العامة و ذلك بتعويض منصف و عادل و صدر قانون نزع الملكية رقم 11/91 ينظم هذه المسألة بدقة و إغفال أي إجراء يرتب بطلان أي إجراء قامت به الإدارة النازعة و لهذا لا يمكن لهيئات الضبط الإداري الاعتداء على الملكية الفردية إلا في الحدود التي يسمح بها القانون و إلا عد عملها مشوب بإحدى العيوب, مما يستوجب الإلغاء.

غير أن الإشكال الذي يظل مطروح من الناحية التطبيقية هو أن القاضي في تقدير التعويضات تبعا للتعليمة الصادرة في ظل الأمر 48/76 الملغى إلا أنها ما زال يعمل بها من طرف مديرية أملاك الدولة في معالجة الملفات عند تقدير التعويض[1] هذا في حالة التعويض بالتراضي.

(1)- تعليمة وزارية مشتركة بين وزارة العدل تحت رقم 554 بتاريخ 1989/08/23 المحددة للتعويضات عن فرع الملكية من أجل المنفعة العامة.

أما في حالة التنازع حول قيمة التعويض فإن القاضي في تقدير هذه القيمة ما زال يعتمد في ذلك على السلم الذي جاء به القانون في سنة 1982 و الذي ما يعاب عليه أنه قانون متعسف في قيمة التعويض, لكن الذي يعاب على القاضي أنه ما زال يعمل بهذا القانون رغم أنه ألغي ضمنيا بموجب القانون رقم 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية و أن الدستور ينص أن التعويض يكون منصف و عادل.و هو مضمون مخروق حسب رأينا من طرف القاضي العادي و من ثم يشكل به انتهاك الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا.

الفرع الثاني: مدى اختصاص القاضي الإداري في تفسير المعاهدات

من خلال تفحصنا لمواد دستور 1996 لا نجد أي إشارة لهذا الموضوع, بل أن المسألة تبقى معالجة في مجموعة من المراسيم و التي في مجملها تمنح التفسير للجهات الحكومية لغيا لأي دور للقاضي[1]

ثم جاء مرسوم 249/79 الصادر في 1979/12/01 على نفس النسق و بنص مماثل[2] .و على شاكلته ورد نص المادة "11" من المرسوم رقم 165/84 الصادر في 1984/07/14 , الشيء الذي يدل في هذا المقام على سلبية دور القاضي في مسألة التفسير, و قد يكون هذا نتيجة كون المعاهدة نتاج إرادة طرفين متعاقدين بعيدا عن السلطة القضائية و تحسبا لأي مشاكل دبلوماسية.

و جاء المرسوم الأخير و هو المرسوم الرئاسي رقم 359/90 المؤرخ في 1990/11/10 المحدد صلاحيات وزير الشؤون الخارجية في التفسير ضمن المادة "11" و عليه نرى أنه من باب الحماية و تحقيقا لحريات الأفراد إسناد التفسير في القواعد الاتفاقية الدولية المطبقة داخليا إلى القاضي الداخلي و ذلك لحماية أكثر لمراكز الأفراد و هذا ما يحقق مبدأ الفصل بين السلطات و تحقيقا لنزاهة الأحكام القضائية و استقلال السلطة القضائية.

(1)- أول مرسوم صدر بهذا الشأن المرسوم رقم 54/77 الصادر في 1977/03/01.
(2)- تختص وزارة الخارجية بتفسير المعاهدات و البروتوكولات و التسويات الدولية و تدعم بعد استشارة الوزارات المعنية.

مشكل الرقابة على دستورية المعاهدات:

بمراجعة دستور 1996 في مادتيه"165" و "168" يخول الاختصاص في رقابة مدى دستورية المعاهدات. فالمادة "165" نصت صراحة على اختصاص المجلس الدستوري في البت في دستورية المعاهدات.

و بالمقابل جاءت المادة "168" التي تنص بأن المجلس الدستوري له حق الامتناع عن التصديق على المعاهدة إذا تراءى له عدم دستوريتها.

و عليه فإن المجلس الدستوري له رقابة لاحقة كما يملك حق الرقابة السابقة غير أنه بعيد عن مناقشة و إثارة الجدال عن فحوى الرقابة السابقة و الرقابة اللاحقة, فإننا نرى أن القاضي الدستوري هو المؤهل في نظرنا في البت في مدى دستورية المعاهدات كما هو الشأن في فرنسا, تحقيقا لمسايرة تضمن أكثر حماية للأفراد تمكن هؤلاء من إثارة عدم دستورية القوانين أمام القاضي الدستوري مستقبلا[1]

و عليه يتضح أن القاضي الإداري يعمل و يُفعّل بدوره الايجابي أكثر فأكثر لحماية الحقوق, و هذا في ظل ما سيسفر عنه الاجتهاد في وضع نصوص تخول له سلطة تفسير المعاهدات. في ظل إحداث ما يسمى بالمحكمة الدستورية تناط لها مهام فحص مدى دستورية القوانين و المعاهدات, مع تخويل الحق للأفراد في الطعن.[2]

(1)- د. علي القهوجي: المعاهدات الدولية أمام القاضي العادي, الدار الجامعية –بيروت, بدون سنة, ص 102.
(2)- عبد الحميد زروال: المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائرية-ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, سنة 1994, ص 71

المبحث الثاني

دور القاضي المدني في تفعيل الحماية

إن دور القاضي المدني في تفعيل حماية حقوق الأفراد يتجلى في ما له من أهمية بالغة و تأثير, و طالما كانت رقابته مجسدة دائما و تعتبر استثناء, ذلك أن الأسس التي يعتمد عليها إذا كانت ضرورية إلا أنها غير كافية, بل لا بد من تدعيمها حتى لا تؤثر على المراكز القانونية للأفراد, و لأن مقام فصله في الدعوى يعتمد أساسا على الوثائق المقدمة من طرف الخصوم, كل هذا في ظل افتقاد لاجتهاد قضائي و لثروة كافية من الاجتهادات, مما صعب على القاضي بدرجة أولى التحكم في زمام آليات الحماية و من جهة أخرى عامل الإجراءات باعتبار الجزائر أصبحت عضو في المجتمع الدولي من بابه الواسع, و بمصادقتها على العديد من المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان(1)

و من هنا يثار التساؤل عن مدى الدور الذي يلعبه القاضي المدني في حماية حقوق الأفراد و مصالحهم في ظل النظام القانوني الدولي الجديد الذي لم يعد القاضي المدني عن منأى منه, لما عادت تشكل له من مخاوف خاصة إذا ما تعلق الأمر بجهله لبعض القواعد ذات التكوين و النظام المختلفين, و في ظل التقنيات الداخلية من جهة ثالثة مسلطين الضوء على التطبيقات الواقعية التي تعيق القاضي المدني في تكرس هذه الحماية.

المطلب الأول: مدى تطبيق الإكراه البدني (Contrainte par corps)

إن تحقق التوازن بين تجسيد العدالة و فكرة الحماية المكفولة دستوريا و دوليا من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المعاهدات الدولية المجسدة لمحتواه, و نظرا لما يطرحه الإكراه البدني على الصعيد الدولي من معارضة لمساسه بجسد الشخص, و نظرا لمصادقة

(1)- أ. لوشاشي مصطفى: ملخص محاضرات مادة حقوق الإنسان ملقاة على طلبة الدفعة العاشرة 2000- غير منشورة-

الجزائر على العديد من المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان, و من ثم ما مصير هذه الأحكام القضائية المخالفة لتلك المعاهدات ؟

الفرع الأول: الإكراه بين الإلغاء و التطبيق

بعد دخول الجزائر في الجماعة الدولية و ذلك بالمصادقة على المواثيق الدولية المنادية لحماية حقوق الإنسان, و تجسيدا للإعلان العالمي, و باعتبارها دولة طرفا بالانظمام للعهد الدولي للحقوق السياسية و المنية و التي صادقت عليها و كذا البروتوكول الاختياري, و هذا بالقانون رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989.

و نظرا لما يقره الدستور في مادته"132" على أن " المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور, تسمو على القانون" و بما أن المعاهدات الدولية تدخل حيز التنفيذ بمجرد المصادقة عليها, و إن تطلب بعض الإجراءات مثل النشر في الجريدة الرسمية كما هو في بعض الدول, فالنشر في الجزائر لا يعتبر شرط لتطبيق المعاهدات الدولية, و ما دامت الجزائر انظمت و صادقت عليها, و تم نشرها, فهي ملزمة بتجسيدها على أرض الواقع من خلال تشريعها الداخلي, و ترتب عنها مسؤولية دولية عن مخالفة أحكامها, و خاصة ما نصت عليه المادة "11" من العهد على أنه " لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي" كما نصت المادة "4" منه أنه لا يسمح للدولة الطرف أن تعطل العمل بأحكام العهد الدولي إلا عندما تهدد حياة الأمة ظروف استثنائية طارئة, و لكن يجب على الدولة أن تعلن ذلك رسميا و تشعر الأمين العام للأمم المتحدة بذلك و لكن لا يمكن للدولة التحلل من التزاماتها الواردة لمجموعة من المواد من بينها المادة "11" الذي تناوله قانون الإجراءات المدنية بحبس المدين عند عدم تنفيذ التزامه, بعد مخالفة لأحكام العهد الدولي و خرقا لنص المادة "132" من دستور 1996 و هذا ما جعل تطبيقه في الواقع العملي يختلف من قاضي إلى آخر و من جهة قضائية إلى أخرى.

الفرع الثاني: تطبيقه في الميدان العملي

إن التعارض الموجود بين قانون الإجراءات المدنية و العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية, جعل تطبيق الإكراه البدني في الميدان العملي يختلف من جهة إلى أخرى, و هذا حسب تفسير كل جهة لهذا الإشكال, و ما زاد الأمر تعقيدا صدور مذكرة من وزارة العدل تبين كيفية تطبيق الإكراه البدني في 30 أفريل 1997 عن مديرية الشؤون المدنية موجهة للنواب العامون لدى المجالس القضائية(1)

فلقد لوحظ في الواقع العملي أن هناك اتجاهين مختلفين حول مدى جواز تطبيق الإكراه البدني من طرف القاضي, فالرأي الأول يرى أن المعاهدة أسمى من القانون طبقا للمادة "132" من دستور 1996 و بالتالي فالقاضي هنا ملزم بتطبيق المعاهدة المصادق عليها, و هو الشيء الذي لمسناه من خلال الأحكام الصادرة عن محكمة بئر مراد رايس في هذا الشأن, حيث أنه تصدر أحكام بعدم التأسيس في طلب الإكراه البدني في المسائل المدنية, حتى و إن توافرت جميع الشروط المنصوص عليها في المادة " 407" من قانون الإجراءات المدنية, أما الرأي الثاني فيرى أن القاضي ليس ملزم بتطبيق المعاهدة رغم مصادقة الجزائر عليها, كون أن القاضي يطبق القانون الداخلي فقط.

غير أننا بجانب الصواب للرأي الأول بضرورة تطبيق القاضي الداخلي نص المعاهدة لأنها تسمو على القانون الداخلي مع ضرورة إعمال المشرع و تدارك أي تعديل في نص المواد المتعلقة بالإكراه البدني أو حذفها لتعارضها مع العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية(2),(3)

---

(1)- هذه المذكرة لم تلغى إلا بتاريخ 2000/10/29 بموجب التعليمة رقم 2000/06 رغم أن الجزائر صادقت على العهد بموجب القانون رقم 08/89 المؤرخ في 25 أفريل 1989 و انضمت إليه بموجب المرسوم رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989.

(2)- يرى اتجاه آخر إلى تمديد منع الإكراه البدني حتى بالنسبة للدعوى المدنية بالتبعية, و هذا تماشيا مع القوانين المقارنة.

(3)- أنظر نص الملحق الثاني الصفحة الأولى للحكم الصادر عن محكمة بئر مراد رايس.

المطلب الثاني: المنازعة في الجنسية الجزائرية

إن الاختصاص الأصيل بالنظر في المنازعات الجنسية يعود للمحاكم المدنية وحدها, و لا يمكن للمحاكم الإدارية أن تفصل في هذه المنازعات إلا فيما تعلق بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لتجاوز السلطة و هذا لاعتبارات(1) كون أن الجنسية من المسائل المتعلقة بالأشخاص, غير أنه تثار المسألة أمام القاضي المدني إذا ما تعلق الأمر بالتنازع الايجابي و السلبي.

الفرع الأول: التنازع الايجابي

يكون القاضي بصدد هذا التنازع عندما يحمل الشخص عدة جنسيات, و هو ما يعرف بازدواج الجنسية, فعندما يعرض الأمر على القاضي يجب عليه لزوما الالتزام بأحد الأمرين:

أ- أن يأخذ إلا بجنسية دولته احتراما لسيادتها, فإذا عرض على القاضي الجزائري فيأخذ بطبيعة الحال بالجنسية الجزائرية و هذا تكريسا إما جاء في معاهدة " لاهاي" لسنة 1930 في مادتها الثالثة, كما نصت عليه المادة"22" من ق.م غير أن الشيء السلبي الملاحظ أن القاضي يبقى مقيدا بجنسية دولته وفقا لما نصت عليه المادة "4", لعوامل تتعلق بالسيادة.

ب- غير أن القاضي الجزائري من الناحية الواقعية لا يبحث فيها عن الجنسية(2) بل يعتمد على الواقع أكثر من القانون.

الفرع الثاني: التنازع السلبي

و هي التي يكون فيها الشخص بلا جنسية, أي لا ينتمي إلى أي دولة معينة فقد يولد طفل في إقليم دولة تقيم جنسيتها على أساس حق الدم في حين تأخذ دولة أبيه بحق الدم, فهنا يعتبر بلا جنسية, و قد يتزوج شخص بأجنبية و يحول قانون دولته دون دخولها

---

(1)- أعراب بلقاسم: المرجع السابق, ص 169

(2)- إن النص باللغة العربية يذكر عبارة الجنسية الحقيقية, أما النص الفرنسي فقد جاء بمصطلح الجنسية الفعلية.

في جنسيته, بينما يرتب قانون دولتها فقد جنسيتها على إثر زواجها و هو ما يعبر عنه بانعدام الجنسية, فكيف يمكن للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على الجنسية.

رغم أن المادة "22" الفقرة الثالثة من القانون المدني على تولي القاضي الجزائري تحديد القانون الذي يحكم الشخص عديم الجنسية, فمن الناحية التطبيقية يبقى النص مجرد حبر على ورق, و هو نفس الشيء بالنسبة للتجنس.

المطلب الثاني: حماية حق المرأة و الطفل

إن النظر في إمكانية صياغة و حماية للمرأة و الطفل أصبحت من الضروريات في الدول الحديثة, رغم عدم كفايتها بل لا بد من تدعيمها بأسس أخرى لا تقل أهمية عن الأسس السابقة, بل أننا نعتبرها كمن أهم الواجبات المفروضة على القاضي و التي تعد نتاج تطبيق لمبدأ حقوق الإنسان و هذا ما ارتأينا الحديث عنه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حق المرأة

أقرت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في 18 ديسمبر 1979 [1], بعدما صادقت عليه 20 دولة[2] فصارت جزء من القانون الدولي لحقوق الإنسان.

فعلى القاضي اتخاذ جميع التدابير في الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات العائلية كافة مع مراعاة مصلحة الأطفال, و من جملة هذه الحقوق:

- حق الزوجة في النفقة الشرعية.
- حق المهر الكامل بالدخول.
- حق المسكن الشرعي بما يتناسب و وضع الزوج المالي و الاجتماعي.
- حرية التصرف في مالها من تجارة و ميراث تبعا لما نصت عليه المادة "38" ق.أ

(1)- أقرت بالقرار رقم 180/34 عام 1979

(2)- دخلت حيز التنفيذ في 03 سبتمبر 1984

غير أننا نرى أنه لا مانع أن تتوسع دائرة وظيفة المرأة من ربت بيت إلى سيدة عاملة, و ليس من حق الزوج أن يمنع زوجته في المساهمة في بناء الدولة و لا يجوز أن يحرم المجتمع من قدراتها العلمية و طاقاتها المهنية.

كما يجب على القاضي أن يلتزم بحماية الحقوق الواردة ضمن قانون الأسرة من حق الزوجة في التطليق و مخالعة نفسها المادة "54" ق.أ.

الفرع الثاني: حق الطفل

لقد جاء إقرار اتفاقية حقوق الطفل من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20[1] في سياق تحقيق المبادئ المنوه عنها في رفع مستوى الطفل الاجتماعي بالتربية الصحيحة في بيئة اجتماعية مناسبة لتحصينه من المعوقات و المغريات.

- فمن واجب القاضي حماية حق الطفل في النسب تبعا للمادة "40" ق.أ إذا ثبت بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة و نكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه.
- حق الطفل في النيابة الشرعية متى كانوا قصر تثبت وجوب ولاية التربية و الولاية على مالهم, أما الولاية فهي منوطة بقوة القانون للأب و بعد وفاته للأم, أما عن الوصاية فتتك عن طريق القضاء.
- كما يجب على القاضي حماية الكفل بموجب ما أقره القانون المدني بمقتضى عقد الكفالة مع مراعاة الشروط الموضوعية بالنسبة للكافل و المكفول.

و في هذا السياق وجب على القاضي مراعاة المرسوم رقم 94/92 المتعلق بتغيير اللقب, الصادر عن رئيس الحكومة الأسبق السيد سيد أحمد غزالي الذي يسمح للمرأة الكفيلة بمنح لقبها العائلي للطفل المتكفل به و هذا تحت تقديم طلب مقدم لوزير العدل مرفوق بالموافقة, أين يتم تعديل اللقب

(1)- وافقت الجزائر مع التحفض على الاتفاقية بموجب مرسوم رقم 461/92 المؤرخ في 1992/12/19 ج.ر 91

- أما فيما يتعلق بالجنسية, فإن القانون الجزائري لم يهمش الأطفال مجهولي النسب فمنحهم بالإضافة إلى الاسم و اللقب, الجنسية الجزائرية و هذا وفقا لنص المادة "06" التي تتضمن الجنسية الأصلية.

غير أن هذا يحتاج إلى تفعيل أكثر من الناحية الواقعية لتحقيق الحماية بمفهومها الايجابي.

و على ضوء إقرار الحماية من طرف القاضي المدني و الإداري يتبين لنا أن هذا الأخير تمكن من التوفيق بين المصلحة العامة و حماية حقوق و حريات الأشخاص, و لهذا يمكن أن نقر بحق القاضي الإداري أنه كان أمثر إقداما من القاضي العادي في صيانة الحقوق الإدارية في مواجهة الإدارة, و على كل أيا كانت الجهة القضائية العادية أو الإدارية المعهود لها بحماية حقوق و حريات الأفراد فإن المشكلة الحساسة في هذا الصدد تبقى في معرفة هل أن القاضي يتمتع بالاستقلالية ؟.

المبحث الثالث
الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية

يحكم نشاط الإدارة العامة اعتباران رئيسيان, يتوجب على الإدارة الخضوع للقانون ومن ثم التقيد بالمشروعية في جميع نشاطاتها و قراراتها.

إن خرق هذا المبدأ يؤدي إلى نتيجتين؛ الأولى قانونية و الثانية سياسية و تتمثل في غضب الرأي العام و ثورته على السلطة لأن الإدارة هي مرآة السلطة, و هو ما يؤدي إلى المساءلة السياسية و الشعبية للحكومة الدائمة.

لقد صيغ هذا المبدأ ليحكم نشاط الإدارة في الظروف العادية بالتقيد بجميع مصادر المشروعية المكتوبة و غير المكتوبة.

أما في الظروف غير العادية فإن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تفوق تلك التي تتمتع بها في الظروف العادية و بالتالي هي تخرج على المبدأ المألوف بغية مجابهة الظروف الاستثنائية و الحفاظ على الأمن العام لاستتباب الأمور و تغير قراراتها مشروعة حتى إذا جاءت خرقا لمصادر مشروعة, لأنها لا تستطيع بذلك السيطرة على الوضعية الاستثنائية إلا بسلطات استثنائية.

و في ظل هذا يثار موقف القضاء و دوره في الالتزام بضابط الحماية و كيفية الرقابة لتحقيق هذه الحماية.

المطلب الأول: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية بموجب المادة " 93 "من الدستور

لقد أعاد دستور 1996 تنظيم ما تبناه دستور 1989 فيما يتعلق بحالة السلطات الاستثنائية مع عدم لزوم تقيد السلطة بالترتيب, و إنما التقيد بالحالة الحاصلة.

و اعتبارا لهذا يجوز لرئيس الجمهورية وفقا للمادة 93 من الدستور[1] أن يعلن الحالة الاستثنائية و أن يتخذ كل الإجراءات الاستثنائية التي تتطلبها الحالة كلما كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية و استقلالها أو سلامة ترابها.

أما من حيث الإجراءات فإن رئيس الجمهورية مقيد في إعلان الحالة الاستثنائية و جملة من الإجراءات الاستثنائية و هي:

- أخذ رأي المجلس الدستوري
- رأي غرفتي البرلمان
- الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و كذا مجلس الوزراء

و يتضح من صياغة المادة أن الاستشارة هنا إلزامية من حيث المبدأ و لكنها اختيارية من حيث الأخذ بنتيجتها, و من ثم و بعبارة أخرى فإن قرار رئيس الجمهورية بإعلان الحالة الاستثنائية الذي يتم دون طلب رأي هذه الجهات يعتبر غير مشروع و يستوجب الإلغاء, بينما القرار الذي يغلق الحالة خلاف لمضمون الاستشارة التي أيدتها هذه الهيئات يعتبر قرارا مشروعا[2] .

أما نتائج الحالة الاستثنائية تتمثل في تخويل رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ كل الإجراءات التي يراها ضرورية للحفاظ على الاستقلال الوطني و السلامة الترابية و المؤسسات الدستورية, و يعتبر إعلان الحالة الاستثنائية من قبيل أعمال السيادة التي لا تخضع للرقابة[3].

(1)- المادة (91) و تتعلق بحالتي الحصار و الطوارئ
المادة (93) و تتعلق بالحالة الاستثنائية

(2)- أمين شريط: خصائص التطور الدستوري في الجزائر- رسالة دكتوراة, ص 551, 554.

(3)- سواء من قبل المجلس الدستوري باعتباره قرارا تنظيميا, و باعتبار المجلس الدستوري مختص بإلغاء القرارات التنظيمية, المادة 165- 169 من الدستور, أو من قبل الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك (إلغاء قرار إعلان الحالة الاستثنائية لأسباب غير إجرائية غير مقبول لأنه يتعلق بأعمال الحكومة)

و لكن التمييز الهام الذي ينبغي إقامته فيما يخص الرقابة القضائية هو التمييز بين مبدأ و بين إجراءات تطبيقه, فمبدأ إعلان الحالة الاستثنائية اختصاص من الاختصاصات التي تعود لرئيس الجمهورية, و لكن ممارسته يجب أن تتم وفق الإجراءات الدستورية و لأن رئيس الجمهورية ملزم باحترام الدستور الذي يحمي الحريات الأساسية للأفراد.

و أخيرا فإن قرار إنهاء الحالة الاستثنائية يتم بنفس إجراءات إعلانها و يسري عليه نفس التمييز الخاص من حيث المبدأ و الإجراءات و من حيث الخضوع لرقابة الإلغاء لأنه في حد ذاته يعبر عن أعمال السيادة و لكن مع ذلك يخضع للرقابة القضائية من حيث مدى احترامه للإجراءات[1]

فحق رئيس الجمهورية في إنهاء الحالة حق سيادي و القرار من حيث المبدأ و الموضوع من أعمال الحكومة لا يجوز الطعن فيه, و لكن عدم طلب رأي الهيئات الدستورية يعترض القرار لعيب الشكل و الإجراءات, و ليس هناك ما يمنع طلب إلغائه.

المطلب الثاني: حالة الحصار"L'état de siège"

نص المشرع الدستوري على حالتي الحصار و الطوارئ في آن واحد و ربطها بحالة الضرورة الملحة دون أن يورد أي تمييز بينهما, و لقد جاءت المادة "91" من دستور 1996 على أن رئيس الجمهورية "يقرر إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة...و يتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع".

نجد أن الفروق الأساسية بين الحصار و حالة الطوارئ و كذلك خصائص و دوافع كل حالة يتضح من خلال دراسة التشريع الخاص, و عليه فإن المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991 [2] المتضمن تقرير حالة الحصار المعلنة في صيف 1991 ابتداءا من 05 جوان 1991 تضمن جملة من المبادئ و الخصائص مع:

(1)- انتظر المرجع الخاص بدعوى الالغاء (غيب الشكل و الاجراءات) حيث استقر القضاء الإداري على اعتبار الإجراءات الجوهرية فقط مستوجبة للإلغاء.

(2)- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 29 لسنة 1991.

أولا: من حيث تعريف حالة الحصار

في حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات سواء منها القانونية أو التنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة و استعادة النظام و السير العادي للمرافق العمومية, المادة "02" من مرسوم الحصار.

ثانيا: من حيث الإجراءات

تم إعلان حالة الحصار بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن و استشارة المجلس الشعبي الوطني و رئيس الحكومة و رئيس المجلس الدستوري, و قد أشار مرسوم الحصار نفسه في حيثياته إلى استفاء هذه الإجراءات.

إن الدستور لا يحدد الحصار أو الطوارئ, و يكتفي بالنص على أنها تقرر لمدة معينة و لا تتجد إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني, و مجلس الأمة, أما المرسوم التشريعي فقد حددها بأربعة أشهر, و لكن نص على جواز رفعها قبل هذا التاريخ بمجرد استتباب الوضع و بالتالي فالسلطة التنفيذية تبقى لرئيس الجمهورية.

ولكن يطرح الإشكال هل أن إجراءات إنهاء الحالة هي نفس إجراءات إعلانها طبقا لقاعدة توازن الإجراءات و الأشكال ؟

لا ينص في هذا الشأن الدستور صراحة على أن الإجراءات هي نفسها, و هنا هل المقصود بعدم النص عليها هو العودة إلى المشروعية العادية و بالتالي لا تتطلب تقدير الحالة الاستثنائية لأنه الرجوع إلى الأصل, غير أنه في التطبيق العملي فإن رئيس الجمهورية اكتفى باستشارة المجلس الأعلى للأمن دون بقية الهيئات كما يظهر المرسوم رقم 91-336 المؤرخ في 22 سبتمبر 1991 المتضمن رفع حالة الحصار ابتدءا من 29 سبتمبر 1991[1]

ثالثا: من حيث السلطة المكلفة بتسيير حالة الحصار

تتولى السلطة العسكرية صلاحية الشرطة, المادة"3", "4" من المرسوم, أي أن سلطة

(1)- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44 لسنة 1991.

الضبط الإداري تحول من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية, و كذلك فإن سلطة الردع الجزائي تتولها المحاكم العسكرية و ليس محاكم القانون العام (المحاكم الجزائية), غير أن هذا الاختصاص لا يتحقق إلا بتوفر شرطين:

- أن تكون الجرائم المرتكبة ماسة بأمن الدولة.
- أن تقرر السلطة إحالة هذه القضايا على المحاكم العسكرية.

و يفهم من صريح المادة "11" من المرسوم أن الاختصاص جوازي و ذلك باستعمال مصطلح "يمكن"[1] .

رابعا: من حيث المضمون و الاختصاصات

يجوز للسلطة اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب الوضع و على الخصوص يجوز للسلطة العسكرية في إطار صلاحيات الشرطة المخولة لها القيام بإجراءات الاعتقال الإداري و الإقامة الجبرية ضد كل شخص راشد يبين أن نشاطه خطير على النظام العام أو السير العادي المرافق العمومية المادة "4" من المرسوم [2] و يجوز لكل شخص الطعن في هذه القرارات أمام السلطة الإدارية المختصة و هي على الخصوص لجنة رعاية النظام العام المنشأة بموجب المادة "5" من المرسوم المتضمن إعلان حالة الحصار, ترأس هذه اللجنة العسكرية, و تتكون من:

- الوالي
- محافظ الشرطة
- رئيس القطاع العسكري
- شخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة الوطنية

(1)- د. مسعود شهوب: المسؤولية دون خطأ في القانون الإداري, أطروحة دكتوراه دولة, جامعة قسنطينة 1991 ص 60 إلى 72, و 283 إلى 297.

(2)- و قد صدرت بذات اليوم مرسومين تنفيذيين هما على التوالي:

- المرسوم رقم 91- 201 المؤرخ في 25 جوان 1991 بضبط الوضع في مراكز الأمن و الشرطة
- المرسوم التنفيذي رقم 91- 202 المؤرخ في 25 جوان 1991 بضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية.

و عليه فإن مهلة الطعن في قرارات الوضع بمراكز الأمن أو الإقامة الإجبارية أو المنع هي عشرة أيام من تاريخ تقريره من قبل المجلس الجهوي[1], المادة "6" من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991 و المادة "3" من المرسوم رقم 91- 202 المؤرخ في 25 جوان 1991, غير أن هذه النصوص تستدعي جملة من الملاحظات:

1/ أن سريان ميعاد الطعن الإداري تبدأ من تاريخ تقرير الأمر و ليس من تاريخ التبليغ مما يفسح المجال أمام التعسف (خاصة احتمال عدم تبليغ القرارات إلا بعد انتهاء مهلة الطعن الإداري).

2/ لا تشير هذه النصوص إلى إمكانية الطعن القضائي في حالة رفض الطعن الإداري و لو أن دعوى الإلغاء لا تحتاج إلى نص خاص لتحريكها ضد القرارات الإدارية.

3/ لا تشير النصوص إلى الطعن الإداري إلا بالنسبة لحالات الوضع في مراكز الأمن و الوضع تحت الإقامة الجبرية, و لا تشير إلى هذا الطعن بالنسبة للإجراءات و الصلاحيات الأخرى التي تسمح بها السلطة المكلفة بتسيير حالة الحصار.

و هذه الإجراءات لها خطورة من حيث المساس بالحريات الفردية, و من ثم وجوب إخضاعها للطعن القضائي فضلا عن الطعن الإداري, و لكن مع تقليص الدور الرقابي القضائي بما يتماشى مع الحالة الاستثنائية و دون إصدار الحد الأدنى للحقوق و قيود الصلاحيات مع:

- جواز قيام السلطة العسكرية في إطار الإجراءات التي تحددها الحكومة بتفتيش المساكن و المحلات العامة و الخاصة ليلا و نهارا, و بأمر تسلم الأسلحة و الذخائر, المادة 7 من المرسوم[2].

(1)- تنص المادة 7 منة نفس المرسوم على إنشاء ثلاثة مجالس جهوية لحفظ النظام بالجزائر, قسنطينة و وهران.

(2)- بنفس اليوم و ذات الجريدة صدر المرسوم التنفيذي رقم 204 يتضمن تطبيق المادة 7 من مرسوم الحصار.

- كما تجيز المادة "8 "من المرسوم للسلطة العسكرية صلاحيات واسعة في مجال منع مرور الأشخاص و إنشاء مناطق إقامة و تسخير الموظفين بهدف تمكين المرافق العامة من تقديم خدماتها.[1]
- كما يجوز للحكومة أن تقوم بموجب مرسوم تنفيذي لوقف أو حل المجالس المنتخبة إذا ما قامت هذا الأخيرة بإنشاء عمل السلطات العمومية أو عرقلته, المادة "10" من المرسوم [2]

إن الملاحظ و المستخلص من تشريع حالة الحصار هدفها حالة استثنائية صارمة و تتضح هذه الصرامة في الصلاحيات المخولة للسلطة العسكرية بدل السلطة المدنية و في إجراءاتها الماسة بالحريات العامة, سواء حرية التعبير أو حرية الانتقال أو حرمة السكن و

هي صلاحيات لا تتمتع بها الإدارة في الظروف العادية, بل لا يجوز المساس بهذه الحقوق لأنها مكرمة دستوريا, رغم أن المرسوم التشريعي المتضمن أعلاه لا تتناول موضوع الرقابة القضائية.

المطلب الثالث: حالة الطوارئ "l'état d'urgence"

هي أخف من حالة الحصار و تشترك معها في الكثير من الأحكام و لذلك سبق و أن الدستور لا يميز بين حالة الحصار و حالة الطوارئ و لا تتخذ مبررات و شروط الإعلان, أما المرسوم رقم 92- 44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ(3) فإنه يعتمد نفس المبررات التي أعلنها مرسوم حالة الحصار.

و من حيث الإجراءات لا تختلف إجراءات إعلان حالة الطوارئ عن حالة الحصار, إذ يتم الإعلان عليها بموجب مرسوم رئاسي و بعد استشارة نفس الهيئات و لكنها تختلف من حيث المدة, فقد أعلنت الحالة لمدة 12 شهر, المادة "1" على أنه يمكن رفعها قبل هذا التاريخ.

---

(1)- و قد صدر المرسوم التنفيذي رقم 203- بتاريخ 25 جوان 1991 بضبط كيفية المنع من الإقامة المتخذة طبقا للمادة 8 من مرسوم الحصار.

(2)- في الظروف العادية فإن المرسوم الحالي يحدد مدة الانتخابات و لا يتركها للظروف المناسبة.

(3)- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 10 لسنة 1992.

و من بين الفروق أيضا أن السلطات المدنية هي التي تتولى تسيير الحالة الاستثنائية و ليس السلطة العسكرية, فوزير الداخلية على المستوى الوطني, الوالي على المستوى المحلي, المادة "4" من المرسوم.

و من حيث الصلاحيات فإنه في حالة الطوارئ كذلك يجوز وضع الأشخاص تحت الإقامة الجبرية أو في مراكز الأمن, و تحديد أو منع المرور و تسخير العمال في حالة الإضراب غير المرخص و كذلك يجوز تفتيش الأماكن و الأشخاص ليلا و نهارا, و بصفة استثنائية المادة "6" و قد أضاف المرسوم التنفيذي رقم 92-75 بتاريخ 20 فيفري 1992 في مادته "11" من الهيئات المستخدمة في تعليق مرتبات الأشخاص الموضوعين في مراكز الأمن(1).

كذلك يجوز للسلطة الإدارية عن طريق قرار القيام بالغلق المؤقت لقاعات العروض و منع المظاهرات, المادة "7" و إمكانية توقيف و حل المجالس المنتخبة, المادة"8".

و أخيرا يمكن للسلطة المدنية (وزير الداخلية) أن يفوض إلى السلطة العسكرية صلاحيات قيادة عمليات إعادة النظام على المستوى المحلي, إلا أن الفرق بينهما أن الأولى يتعلق بتفويض و الثاني بتحويل الاختصاص.

كما يجوز في حالة الطوارئ إحالة القضايا الخطيرة الماسة بأمن الدولة إلى المحاكم العسكرية, المادة "10" إلا أن الفرق في اللجوء إلى المحاكم العسكرية يقع بشكل أخف بل أن المشرع فيما بعد أنشأ ثلاثة مجالس خاصة بهذه القضايا.(2)

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 92- 75 المؤرخ في 20 فيفري 1992 شروط اتخاذ قرار الوضع في مراكز الأمن, و هذا القرار يتخذ من قبل وزير الداخلية أو من يفوضه, المادة "3" و أن هذا القرار يكون قابل للطعن أمام والي الولاية محل إقامة المعني.

---

(1)- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, عدد 14 بتاريخ 23 فيفري 1992.

(2)- أنظر المرسوم التشريعي رقم 392 المؤرخ في 30 سبتمبر 1992 المتعلق بمكافحة الارهاب ة التخريب المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 93-05 المؤرخ في 19 أفريل 1993.

غير أن المرسوم أهمل مدة الطعن الإداري, و لكن قيد المجلس الجهوي بضرورة فصله في الطعن خلال 15 يوم من إخطاره, كذلك النصوص لا تشير إلى الرقابة القضائية في حالة رفض الطعن الإداري, و من هنا فإن حسب رأينا فإن حالة الطوارئ هي أقل مساسا بالحريات.

المطلب الرابع: حالة لجوء الإدارة إلى وحدات الجيش لحماية الأمن العمومي

لقد نص القانون رقم 21- 23 المؤرخ في 06 ديسمبر 1991 و المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية(1)

يصعب تطبيق هذه الحالة, فهي ليست من ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة "91" من الدستور لأنها لا تشكل حالة حصار و لا حالة طوارئ, و من جهة أخرى فإنه يصعب القول بأن الأمر يتعلق بالظروف العادية بدليل أن تصنيف هذه الحالة جاء بعد حصار 04 جوان 1994.

لقد حدد القانون الحالات التي تخول للإدارة اللجوء إلى السلطة العسكرية رغم أن الأمر لا يتعلق بالحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادتين"86", "87" من الدستور و هذه الحالات هي:

- النكبات العمومية و الكوارث الطبيعية أو الكوارث ذات الخطورة الإنسانية.
- في حالة المساس المستمر بالحريات الفردية و الجماعية.
- في حالة المساس بالقوانين و المنظمات التي تنذر بالخطر و تهدد حرية التنقل.

لقد حدد المرسوم الرئاسي الصادر في 21 ديسمبر 1991 طبقا للقانون المذكور و شروط و كيفية لجوء الإدارة المدنية إلى الجيش لحماية الأمن العمومي.

---

(1)- الجريدة الرسمية, عدد 63 بتاريخ 07 ديسمبر 1991.

يسري عمل وحدات الجيش تحت مسؤولية السلطة المدنية الوالي على مستوى الولاية و وزير الداخلية في المقام الأخير على المستوى الوطني, و حسب رأينا ماعدا هذا الإجراء فإن الإجراءات تخضع للرقابة القضائية(1)، (2)، (3)

و مع ذلك يكون المرسوم قابل للطعن إذا خالف الإجراءات و الشكليات التي نص عليها القانون و المرسوم الرئاسي.

و عليه و مما سبق يتضح أن للإدارة نوعا من الحرية و التحرر من مبدأ المشروعية بمصادره المعروفة في الظروف العادية و ذلك لمجابهة الظروف غير العادية, و لكن الأمر يبقى قائم في مدى تعسف الإدارة في المساس بالحريات الأساسية تحت هذا الغطاء, فإنه بات من

الضروري الدفع نحو تخويل القضاء حق الرقابة[4] إلى حد أبعد لضمان حد أدنى من الحريات بالقدر الذي لا يهدد النظام العام و يسمح بمواجهة الوضعية بهدوء و نظام[5].

(1)- أنظر موقف اللجنة و المحكمة الأوروبية في قضية "Scheisser" و موقفها الآخر في فضية "Lawless" .
(2)- أنظر موقف المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في رأيها الاستشاري الصادر في 30 جانفي 1987 في قضية "Corpus . Habeas" و "Amparo" المنصوص عليها في المادتين 6/7, 25 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.
(3)- أنظر المحاور الأربعة التي أقرتها قواعد "باريس" بشأن الضمانات الواجب كفالتها للأشخاص في أحوال الاعتقال الإداري.
(4)- انظر: . Les droits de l'homme et l'épreuve des circonstance exceptionnelles
Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme
Edition : Beuylant ; Edition de l'université de Bruxelle 1987 P 215-218
(5)- راجع في ذلك دراسة اللجنة الدولية للقانون تحت عنوان (ICJ)
States-of Emergency end Theire Zffect on Human Rieht, 1983 P 229.

خاتـــــــــــــــــــــــــمة :

لقد صار دور القاضي الداخلي في حماية حقوق الإنسان دور فعال, و أنه باتت تحكمه عدة مرجعيات, فقد يمتد هذا الدور أكثر اتساعا, كما قد يتقلص بحسب عدة معطيات, و حتى تتحقق هذه الحماية الجنائية يتعين على القاضي أن يلتزم بضوابط الشرعية بنوعيها (الموضوعية و الإجرائية) فلا يفرط في التجريم و العقاب الجنائي إلا لضرورة تقتضيها مصلحة جوهرية للمجتمع, و إن توافرت هذه الضرورة, فلا يكون التجريم و العقاب إلا بنص قانوني يصدر عن السلطة التشريعية, كما بات من الضروري أن يسحن استعمال تلك السلطة التقديرية في التحرك بين الحدين الأدنى و الأقصى, على أن يلتزم بتسبيب التقدير الذي يأخذ به و يقضي على أساسه, خاصة في ظل تراكم القضايا لكثرة عددها بالمقابل لقلة عدد القضاة, و عدم اشتمال التحقيقات و الاستدلالات على مقومات شخصية المتهم, و كذا ظروف و ملابسات الواقعة.

إنه صار لزوما مواكبة التطورات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المعاصرة و الملازمة لحقوق الإنسان بصفة عامة, و الحماية الجنائية لحقوقه بصفة خاصة و من مقتضياتها احترام أحكام و مبادئ مصادر قواعد تلك الحماية لإزالة اللبس و الغموض الذي اعترى الأذهان.

في هذا السياق حرص **وزير العدل حافظ الأختام السيد طيب بلعيز**, على ضرورة ترقية حقوق الإنسان و تعميمها (انظر ضمن الملحق الثاني نص التعليمة المؤرخة في 04 نوفمبر 2003 الموجهة إلى رؤساء المجالس القضائية و النواب العامين).

و انطلاق من هذا المسعى, و بالنظر إلى الأهمية التي تولى في هذا المجال بمساهمة القاضي في الرقاء بهذه الحماية إلى مصاف التجسيد العملي بقصد تعميمها, و كل ذلك لن يتأتى إلا بإلزامية المشرع إعادة النظر في نظامه التشريعي بصفة عامة, و في الضمانات التي تخول للقاضي ضمن استقلالية فعالة حتى يعطي للإنسان إنسانيته التي منحها الله له حقها و يمنح أجر الاجتهاد فيه.

وفقني الله